

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

SIMONE DE MELO SANTOS SILVA

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO
POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

RUBIATABA – GO
SIMONE DE MELO SANTOS SILVA

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO
POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Sérgio Luís de Oliveira Santos.

RUBIATABA – GO

2008

SIMONE DE MELO SANTOS SILVA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO
POR CASAIS HOMOSSEXUAIS**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Sérgio Luís Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Privado

Examinador: _____

Monalisa Salgado Bittar
Esp.em Dir. Civil e Dosc. Universitária

Examinador: _____

Erival de Araújo Lisboa Cesarino
Mestre em Direito Privado

Rubiataba, 12 de dezembro de 2008.

Dedico ao meu marido Rogério Anderson, meu maior incentivador por sua compreensão, companheirismo, paciência, apoio incondicional e suporte emocional, além dos sacrifícios e concessões dando-me condições de prosseguir e vencer.

Primeiramente agradeço a Deus que é fonte de vida e sabedoria pela graça de poder concluir mais essa etapa de minha vida.

Á minha família que me apoiou e incentivou para que eu prosseguisse nessa minha caminhada, sobretudo minha mãe Maria Vilma.

Ao meu Orientador Professor Sérgio Luís Oliveira dos Santos pela colaboração com seu vasto conhecimento.

A Desembargadora Maria Berenice Dias que gentilmente indicou bibliografias que em muito contribuiu para a conclusão deste trabalho.

A meus amigos em especial Mariuza, Analívia, Elbia Francisca, Eder, José Carlos e aos professores pela convivência durante esses cinco anos.

A Justiça só é justa quando os seus juizes,
sem medos e preconceitos, adquirem a
consciência de que sua missão é proteger a
todos a quem a sociedade vira o rosto e a
lei insiste em não ver.

(Maria Berenice Dias)

RESUMO: Este trabalho monográfico tem como propósito analisar a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais observados os aspectos jurídicos morais e psicológicos de tal fato, visto que o assunto tem sido bastante discutido nos últimos tempos e vem ganhando força no âmbito jurídico e social. Esta análise deu-se de forma exploratória com caráter indutivo por meio do método de pesquisa bibliográfica. Norteando-se por doutrinas, artigos, decisões e entendimentos jurisprudenciais. Alguns operadores do direito argumentam que a criança adotada por casais homossexuais pode sofrer danos psicológicos outros já afirmam que a orientação sexual dos pais não afeta em nada a formação do caráter de uma criança. O assunto é muito polêmico e ainda causa muitas dúvidas com relação às questões éticas e morais. Observa-se que a legalização desse tipo de adoção em muito se resolve o problema social que vem se arrastando há tempos que é o grande número e cada vez maior de crianças abandonadas em orfanatos e nas ruas ou até mesmo sofrendo maus tratos no seio de sua família biológica. O ordenamento jurídico brasileiro é falho com relação ao assunto e deixa lacunas que dão esperança aos homossexuais que querem formar uma família e ter filhos. No entanto ainda há muito preconceito à cerca do assunto e enquanto não mudar a Constituição os juizes deverão basear-se em julgados e jurisprudências, fazendo-se analogia na aplicação do direito.

Palavras-chaves: Adoção, homossexual, família, direito, filhos

ABSTRACT: This monographic work has as intention to analyze the legal possibility of the adoption for couples observed homosexuals the moral and psychological legal aspects of such fact, since the subject has been sufficiently argued in the last times and comes gaining force in the legal and social scope. This analysis was given of exploratory form with inductive character by means of the method of bibliographical research. Guiding itself for jurisprudence doctrines, articles, decisions and agreements. Some operators of the right argue that the child adopted for couples homosexuals can suffer to psychological damages others already affirms that the sexual orientation of the parents does not affect in nothing the formation of the character of a child. The subject is very controversial and still cause many doubts with regard to the ethical and moral questions. It is observed that the legalization of this type of adoption in very if decides the social problem that comes if dragging it has times that it is the great number and each bigger time of children abandoned in orphanages and the streets or even though suffering maltreatment in the sinus from its biological family. The Brazilian legal system is defective with regard to the subject and leaves gaps that give hope to the homosexuals who want to form a family and to have children. However still it has much preconception to about the subject and while not to change the Constitution the judges will have to be based on considered and jurisprudences, becoming analogy in the application of the right.

Word-keys: Adoption, homosexual, family, right, children

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

OMS – Organização Mundial de Saúde

PT/SP – Partido dos Trabalhadores de São Paulo

CEJA – Comissão Estadual Judiciária de adoção

CEJAI – Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ARTS. – Artigos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS.....	14
1.1 Adoção.....	14
1.1.2 Conceito.....	14
1.2 Evolução histórica do Instituto Adoção.....	15
1.2.1 Antiguidade.....	15
1.3 Grécia.....	16
1.4 Direito Romano.....	16
1.5 Idade Média.....	17
1.6 França.....	17
1.7 Brasil.....	17
1.8 Homossexualidade.....	18
1.9 Evolução Histórica.....	19
1.10 No Brasil.....	20
1.11 Homossexualidade sob o ponto de vista da medicina.....	22
1.12 Revolução Homossexual.....	22
2. RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOSSEXUAIS RELATIVOS À FAMÍLIA.....	24
2.1 A família a partir da Constituição Federal de 1988.....	24
2.2 União Estável.....	27
2.3 A União civil entre pessoas do mesmo sexo.....	28
2.4 Direito sucessório na união homossexual.....	30
3. ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	32
3.1 Requisitos necessários para adoção.....	33
3.2 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	33
3.3 A adoção no Código Civil Brasileiro.....	36
3.4 Procedimentos para adoção.....	37
3.5 Cadastro nacional de adoção.....	39
3.6 A adoção por homossexual.....	40
4. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS.....	42
4.1 Efeitos psicológicos da educação pelo casal homossexual.....	42

4.2 Viabilização do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais.....	45
4.3 A ausência de vedação legal.....	47
4.4 Posicionamentos contrários e a favor da adoção por casais homossexuais.....	47
4.5 Primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro com relação a esse novo tipo de adoção.....	50
5.1 Possíveis lacunas do Direito Brasileiro.....	51
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56
ANEXOS.....	59

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como título, a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais. Busca-se aqui o entendimento das questões jurídicas acerca de tal possibilidade.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a adoção como direito fundamental de qualquer ser humano, inclusive do homossexual; baseando-se nos princípios da igualdade, liberdade e da não discriminação. Tratar de forma clara e simples os aspectos sobre a adoção homoafetiva com embasamento jurídico.

Como objetivos específicos procura-se mostrar um pouco da história da adoção e da homossexualidade, buscando os direitos homossexuais relativos à família, de que forma a adoção é tratada na Constituição Federal de 1988 e a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais, juntamente com as possíveis lacunas do direito brasileiro.

Utiliza-se neste trabalho a pesquisa bibliográfica e exploratória que, “São aquelas em que procuram explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros, dissertações e teses” (CERVO, 2007, p. 60), entendimentos jurisprudenciais, decisões judiciais e doutrinas. Essas pesquisas foram realizadas no acervo da biblioteca da FACER e na Internet, dentre outros. E foram de grande importância para o devido andamento do trabalho.

Os principais autores e doutrinadores que foram de grande importância para a realização deste trabalho são Peres (2006), Dias (2004), Rodrigues (2004) e Silva Junior (2007).

O Método de pensamento foi o dialético que através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno produz-se o conhecimento real de um objeto, exige um estudo de todos os seus aspectos em todas as suas relações e todas as suas conexões; muito importante para esta pesquisa visto que, foram encontrados vários posicionamentos, várias linhas de pensamentos contrários ou a favor da adoção por casais homossexuais, pontos positivos e negativos o qual prevalece os positivos. Utiliza-se também o método indutivo que

analisa fatos particulares para gerar conclusões ou mesmo tendências de conclusões mais amplas e gerais.

O capítulo primeiro tem o propósito de fazer um relato sobre a evolução histórica do Instituto Adoção, juntamente com a história da homossexualidade sob o ponto de vista da medicina e a revolução da homossexualidade.

O segundo capítulo apresenta a busca pelo reconhecimento dos direitos homossexuais relativos à família, destacando alguns conceitos do que vem a ser família, a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O terceiro capítulo tem como pressuposto, os procedimentos da adoção de acordo com a Constituição Federal de 1988 e Leis extravagantes com relação a quem pode adotar e ser adotado, documentos necessários e os princípios que regem a adoção.

No quarto capítulo observa-se a demonstração da possibilidade jurídica da adoção para casais homossexuais, efeitos psicológicos da educação pelo casal homossexual, posicionamentos contra e a favor e, as primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro com relação a esse novo tipo de adoção, entre outros aspectos.

A liberação sexual, em muito, contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento para uma vida sexual plena. Algumas pessoas se encontram, se relacionam por algum tempo, mas cada qual vive em sua própria casa, em seu próprio espaço. O objetivo principal dessa união não é mais a geração de filhos.

Portanto, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação e a geração de filhos para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente é impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos, agora, como o novo paradigma para a formação da família – o amor, em vez da prole – os casais não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexo diferentes.

O assunto é polêmico, repleto de tabus e ainda pouco explorado juridicamente devido a tantas divergências. Para tanto, há uma grande necessidade de esclarecer essa

possibilidade, uma vez que, é algo cada vez mais discutido nos meios de telecomunicação e jurídico.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundamentar-se em motivos legítimos.

Portanto, se uma criança sofre maus tratos no seio de sua família biológica, abusos de toda espécie, ou se é abandonada à própria sorte, vivendo nas ruas, sendo usada para o tráfico de drogas e de pessoas, como ocorre em nossos centros urbanos, não seria melhor a sua adoção? Independente da orientação sexual do adotante desde que revele a formação de um lar, onde haja respeito, lealdade e assistência mútuos?

1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

1.1 Adoção

Neste capítulo estuda-se o Instituto Adoção e sua evolução histórica, juntamente com a história da homossexualidade, sob o ponto de vista da medicina e a revolução da homossexualidade que será de grande importância para o entendimento dos direitos dos homossexuais relativos à família e, da busca pela possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais que, baseado em princípios fundamentais, a adoção é um direito de todos; independente da orientação sexual.

1.1.2 Conceito

A adoção é um ato jurídico que estabelece vínculo de paternidade e filiação entre duas pessoas, tendo como finalidade oferecer a quem não tem filhos biológicos, uma solução para obtê-los através de uma ficção legal, dando oportunidades e garantias idôneas de assistência aos menores.

Segundo Beviláqua (Teoria Geral do Direito 1975, p. 351): “É o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.

1.2 Evolução histórica do Instituto Adoção

1.2.1 Antiguidade

A adoção surgiu durante o período da antiguidade, o Código de Hamurabi, datado de 1728 a 1686 a.C. já ditava regras relativas à adoção na Babilônia. O assunto era tratado no art. 185 a 195 do referido Código *in verbis*: “se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho criando-a, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem”.

Nos artigos seguintes, o Código trata das possibilidades de o adotado retornar à família de origem, ou seja, a família biológica. Trata-se também dos direitos do adotado com relação aos pais adotivos. Assim como também, o filho adotivo tinha suas obrigações para com o pai adotivo se este tendo dispensado dinheiro e zelo, o filho adotivo não poderia mais deixá-lo. Estaria lesando o princípio de justiça que estabelece que as prestações recíprocas entre os contratantes devam ser iguais.

A sociedade hindu também previa a adoção em sua legislação, Lei de Manú IX, 10: “aquele a quem a natureza não der filhos poderá adotar um para que não cessem as cerimônias fúnebres”.

Percebe-se aí que nos tempos antigos a adoção cumpria função religiosa, ou seja, servia para evitar a extinção do culto doméstico, Monteiro (1970, p. 267) diz que:

A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituíva o marido por um parente, oferecia ainda à família último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar.

Há relatos de adoção na Bíblia Sagrada (1993, p. 40) como ocorre no caso de Moisés que foi encontrado às margens do Nilo e adotado pela filha do Faraó: “Sendo o menino já grande, ela o trouxe à filha de Faraó, da qual passou ele a ser filho. Esta lhe chamou Moisés e disse: Porque das águas o tirei.”. (Ex. 2, 10).

1.3 Grécia

Na Grécia, quando se era adotado, este não poderia voltar à sua família natural, se o fizesse, tinha de deixar um filho substituto na família adotiva e, caso houvesse ingratidão por parte do adotado, esta era causa de revogação do ato.

1.4 Direito Romano

Para Silvio Rodrigues (2004, p. 336), no Direito Romano, segundo a Lei das XII Tábuas, eram praticados dois tipos de adoção: adrogatio que era a adoção propriamente dita em que se adotavam pessoas e todos seus dependentes, exigia efetiva intervenção do poder público, consentimento do adotado e do adotante e anuência do povo especialmente convocado pelo pontífice. A segunda era a adpatio; diferente da primeira. Neste tipo de adoção, o povo era substituído pelo magistrado, que processava o cerimonial, abrangendo primeiramente a extinção do pátrio poder do pai natural e depois, sua transferência para o adotante.

Conhecia-se ainda uma terceira forma que era a adoção testamentária onde o adotante recorria ao testamento para efetuar a adoção desejada: que para muitos constituía verdadeira adrogatio.

Sabe-se que naquela sociedade, a partir do momento em que se era adotado, este deveria fazer culto às crenças da sua nova família, cortando assim, o vínculo com sua família antiga, ou seja, a família natural.

1.5 Idade Média

Segundo Valiko (2003), em seu artigo Adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e do novo Código Civil, há relatos de que na Idade Média, o Instituto da Adoção

caiu em desuso devido às invasões bárbaras. Ainda na Idade Média, tanto para a Igreja quanto para os senhores feudais não era interessante o Instituto em questão. Para os senhores feudais contrariava seus direitos hereditários sobre os feudos, se lhes era interessante do ponto de vista sucessório. Para a Igreja Católica a adoção era considerada contra os princípios que se formava da família cristã e do sacramento do matrimônio, que tinha como finalidade única, a procriação.

1.6 França

Na França, o ressurgimento do Instituto da Adoção que ocorreu com o início da Idade Moderna, foi restaurado por Napoleão em 1792, no chamado Código de Napoleão, com fins políticos, já que este precisava de um sucessor. Desse Código, a adoção espalhou-se para todas as legislações modernas com exceção de Portugal, Holanda, Argentina e Chile.

1.7 Brasil

No Direito brasileiro anterior a 1916, data do nosso primeiro Código Civil, nos períodos das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, a adoção contava com algumas referências, mas não eram sistematizadas. Com a promulgação do Código Civil de 1916 em seus arts. 368 a 378 houve a codificação da adoção.

Mas, ainda assim, possuía caráter essencialmente privado. Pois, baseava-se na necessidade de o adotante não possuir filhos legítimos ou legitimados, caracteriza-se aí a função primordial de dar oportunidade àquele que não pôde ou não quis ter um filho, adotar uma criança, mantendo o caráter que a adoção já possuía desde suas origens.

De acordo com Rodrigues (2004), em 1957 surgiu a Lei 3.133 de 08 de maio que modificou alguns requisitos indispensáveis para se adotar uma criança. Entre eles, a redução da idade do adotante que diminuiu a idade mínima de 50 para 30 anos e a diferença de idade

entre adotante e adotado que também foi reduzida de 18 para 16 anos. A exigência de o casal adotante não possuir filhos, deixou de existir; passou-se a exigir comprovação de estabilidade conjugal, tendo o casal de estar junto há no mínimo, cinco anos.

Aquela Lei veio facilitar a adoção, já que vários obstáculos deixaram de existir. Também o Código de Menores 1979 eliminou e modificou alguns requisitos para se adotar. Mas, ainda assim, guardava desigualdades de direitos e, só com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, conseguiu-se eliminar todas as diferenças entre filhos adotivos, ilegítimos e outras denominações e filhos biológicos.

Desse modo, hoje, os filhos adotivos têm os mesmos direitos, garantias e deveres dos filhos biológicos. Houve também uma inversão de valores, onde atualmente, busca-se uma família para a criança e não, como era feito nos tempos antigos em que se buscava uma criança para aqueles que pretendiam adotar.

A partir de 1990 com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os maiores de 21 anos independentemente de estado civil, podiam adotar, após o Código Civil de 2002, com a redução da maioridade para 18 anos, reduziu-se também a idade mínima para adotar, mantendo a diferença de idade entre adotante e adotado de 16 anos e, o adotante deve ter reais motivos e apresentar vantagens para o adotado.

1.8 Homossexualidade

Etimologicamente, homossexual vem do prefixo grego *homo* ou *homeo*, que exprime a idéia de semelhança, igual, análogo. O sufixo sexual vem do latim *sexus* e significa sexo. Exprime, então, a sexualidade exercida por pessoas do mesmo sexo.

Portanto, para Cruz (2006) em seu artigo, a eficácia do garantismo constitucional sobre as uniões homoafetivas, entende-se por homossexual o indivíduo cujo interesse sexual é voltado exclusivamente para uma pessoa do mesmo sexo que o seu. É uma forma distinta de ser da maioria, somente no que diz respeito à orientação sexual. Pois, nos demais aspectos, não há diferença.

1.9 Evolução Histórica

De acordo com Figueiredo (2007), a homossexualidade é um fenômeno tão antigo quanto à heterossexualidade; sempre existiu desde a origem humana. No passado mais remoto da humanidade já há registros da homossexualidade quase sempre masculina. Acompanhou a história da humanidade e nunca foi aceita; sempre foi tolerada. Apesar de não admitir, nenhuma sociedade a ignorou.

Na Grécia, a homossexualidade se revelava por meio de lendas, mitos, deuses, reis e heróis. Os registros mais conhecidos da homossexualidade foram resgatados da história da Grécia Antiga, cujos relatos dizem que o objetivo das relações pederastas entre adultos nobres e homens adolescentes, era educar a população e controlar o crescimento populacional. Em Roma, era tolerada, porém, os que se prestavam a este modo de ser, eram igualados a escravos.

Na Idade Média apareceu com maior frequência nos mosteiros e nos campos militares.

Atualmente, depois de anos de intolerância, significativas mudanças sociais levaram ao aparecimento de uma sociedade menos homofóbica. A prática sexual deixa de ser vista como um crime para se tornar uma livre manifestação da sexualidade humana. Novas formas de relacionamento surgiram, valorizando-se, acima de tudo, o afeto.

1.10 No Brasil

No Brasil em 1968, Caetano Veloso lançou uma música: “É proibido proibir”, que entre outras coisas, estava pondo em questão a rígida separação entre o comportamento convencional feminino e masculino.

No início da década de 70, o próprio Caetano Veloso depois de passar um tempo confinado em Salvador pelas autoridades militares, ter o cabelo cortado e, depois de certo tempo ser obrigado a sair do país, ele volta e se apresenta em seus *shows* vestido de baiana, usando batom e fazendo trejeitos à Lá Carmem Miranda. E, naquela mesma época surgiu nos palcos, um grupo de rapazes que se chamava Dzi Croquettes que, como seguidores da moda lançada por Caetano Veloso, levavam as ousadias até (quase) às últimas conseqüências. Pois, na época da maior repressão da ditadura, quando a censura e a violência policial militar sufocavam quaisquer questionamentos do sistema vigente, eles cantavam letras que expressavam a sua sexualidade. Letras que diziam não serem nem homens e nem mulheres, diziam ser gente como todos e faziam um deboche apoteótico dos papéis sexuais convencionais.

Eles começaram a ter seguidores e admiradores desse comportamento, contestatório como do seu modo de viver.

Numa época em que nas saídas dos teatros encontravam-se policiais fazendo questão de mostrar seu poderio, apontando metralhadoras pelas janelas das viaturas, o deboche bem humorado dos Dzi Croquettes abria uma brecha para a expressão de alguma forma do não conformismo. Aí então começava-se a colocar em questão a moral sexual.

Foi também nessa mesma época, trilhando os passos dos Dzi Croquettes, que surgiram outros grupos como, por exemplo, os Secos e Molhados. Cujas figuras mais expressivas continuam na mesma linha até hoje, embora choque menos, que é Ney Matogrosso.

Segundo Peter (1986), com o abrandamento da censura em 1978, começou a abordar com mais abrangência e sistemática tais questões. Surge então, o Jornal Lampião editado no Rio de Janeiro por jornalistas, intelectuais e artistas homossexuais; procurando alianças com as outras minorias como os negros, feministas, índios entre outros grupos. Embora não alcançassem sucesso nessa busca pela aliança, o jornal foi de grande importância porque abordava de maneira não pejorativa, a questão homossexual nos seus aspectos políticos, existenciais e culturais.

Em 1979, embora a censura já fosse mais branda e de a homossexualidade não ser sequer mencionada no Código Penal Brasileiro, instaurou-se um inquérito policial contra os

editores do Jornal Lampião que seriam acusados de infringir a Lei de Imprensa por contrariar a moral e os bons costumes. Após meses de intimidação e de humilhação dos editores do jornal, a homossexualidade deixava de ser objeto apenas de escárnio, começando a ser reconhecida a legitimidade de suas reivindicações. Naquele ano, portanto, surgiram entre outros grupos, os primeiros núcleos do movimento homossexual no Brasil.

Logo após o surgimento do Jornal Lampião, um grupo de descontentes formado por intelectuais, profissionais liberais que tinha sua vida social restrita a bares e boates do gueto homossexual, começou a se reunir semanalmente em São Paulo, visando originalmente discutir as implicações sociais e pessoais de sua orientação sexual. A partir daí começaram a aparecer em debates promovidos por faculdades e organizaram um grupo de afirmação homossexual chamado “somos”; que aumentou a confiança dos participantes e deu impulso à formação de outros grupos similares em São Paulo e outras cidades como também, em vários Estados.

No ano de 1980, todos os grupos se reuniram em São Paulo para trocar idéias sobre identidade sexual, relação entre o movimento homossexual e os partidos políticos. O fato é que naquele encontro ficou marcada a antipatia para com quaisquer formas de autoritarismo em todos os âmbitos da sociedade.

Eles lutavam também contra os termos pejorativos dos quais eram tratados como Ativo/passivo, dominador/dominado, bofe/bicha, fanchona/lady, propunha-se uma nova identidade homossexual e relações sexuais/afetivas essencialmente igualitárias.

1.11 Homossexualidade sob o ponto de vista da medicina

Sob influência da Igreja, a medicina chegou a considerar a homossexualidade como uma doença, uma enfermidade que acarretava a diminuição das faculdades mentais do indivíduo, uma anomalia psicológica, uma variante da neurose, além de ser um mal contagioso e perigoso, decorrente de um defeito de seus genes.

Até 1995, a Organização Mundial de Saúde (OMS) considerava a homossexualidade como doença, seja mental ou desajustamento social decorrente de discriminação. A partir daquela data, a homossexualidade é vista como preferência sexual, sendo o sufixo *ismo*, que significa “doença”, substituído pelo sufixo “*dade*”, que significa “modo de ser”. Hoje, homossexualismo não é expressão politicamente correta, e a denominação moderna, neutra é homossexualidade. Portanto, chegou-se a conclusão de que, a homossexualidade não poderia mais ser sustentada enquanto sintoma médico.

1.12 Revolução Homossexual

Para Peter (1986), o ponto de partida do moderno movimento pelos direitos dos homossexuais, ou seja, da revolução homossexual surge no ano de 1969, simultaneamente o movimento para a liberação homossexual na América, chamado de Rebelião de Stonewall, quando em um bar para homossexuais em Manhattan, chamado de Stonewell Inn, resistiram à tentativa da polícia de fechar o estabelecimento. Nessa ocasião era costume extorquir os donos desse tipo de bar ou fechá-lo caso o dono se recusasse a pagar. Durante três dias, a vizinhança do bar impediu a tentativa da polícia. Esse local era conhecido como o gueto homossexual de Nova York. Em meio à confusão, os homossexuais diziam palavras de ordem como poder gay, sou bicha e me orgulho disso, eu gosto é de rapazes, etc.

Portanto, desde aquela data, os homossexuais vêm lutando por seus direitos. E foi naquela época também que surgiu a Frente de libertação gay que lançou o seu jornal, *Come Out* que queria dizer “assuma-se”. E assim, decretou-se a data de 28 de julho como Dia do Orgulho Gay. Mas, o objetivo originário com o passar dos tempos mudou. Antes tinha-se a idéia de que o governo era contra a homossexualidade. Entretanto, o movimento dos direitos do homossexual vê o governo como provedor e não mais, como inimigo da liberdade.

Passa-se a analisar no capítulo seguinte, a busca pelo reconhecimento dos direitos homossexuais relativos à família.

2 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOSSEXUAIS RELATIVOS À FAMÍLIA

No capítulo anterior, fez-se um breve relato sobre o Instituto Adoção, sua evolução histórica juntamente com a história da homossexualidade e sua revolução.

Neste capítulo busca-se o reconhecimento dos direitos homossexuais relativos à família, destacando alguns conceitos do que vem a ser família a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988.

2.1 A família a partir da Constituição Federal de 1988

A família, por ser uma entidade em constante mudança sofre influências das transformações socioculturais e econômicas que atingem sua estrutura e dinâmica. E o resultado dessas transformações são os novos arranjos familiares que, em muito se afastam do casamento normativo, inspirado no Código Napoleônico de 1804.

Fernandes (2004), diz que hoje, convivemos com inúmeras formas conjugais e familiares. Os casais podem ser hetero ou homossexuais, se usarmos a orientação sexual, se um dos cônjuges está ausente, classificamos essa família de monoparental. Se já houve um primeiro casamento para um ou para ambos os cônjuges, classificamos a família de recasada ou reconstruída.

Neste sentido, podemos perceber que houve uma evolução no conceito de família, visto que, além do modelo tradicional constituído pelo casamento, passou a compreender outras modalidades. E, inúmeras são as causas dessa transformação como, por exemplo, a aprovação da Lei do Divórcio, o controle feminino da natalidade, a inserção da mulher no mercado de trabalho e, porque não dizer, a inversão de papéis, valores e costumes que desencadearam a estruturação de novas relações familiares.

Antes da Constituição de 1988, a família era definida como pai, mãe e filhos. Hoje, esta definição tomou uma proporção mais ampla, abrangendo outros segmentos que também já são reconhecidos como família.

Dias afirma que:

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, um conjunto de pessoas ligadas a um casal, unido pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, sendo o pai a figura central, na companhia da esposa, e rodeados de filhos, genros, noras e netos.

Essa visão hierarquizada da família, no entanto, vem sofrendo com o tempo uma profunda transformação. Além de ter havido uma significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis, e seus novos contornos estão a desafiar a possibilidade de encontrar-se um conceito único para sua identificação. Novos modelos familiares surgiram, muitos formados com pessoas que saíram de outras relações, constituindo novas estruturas de convívio sem que seus componentes tenham lugares definidos ou disponham de terminologia adequada.¹

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, passando a integrá-lo às relações monoparentais: de um pai com os seus filhos, de uma mãe com seus filhos e até mesmo avós com seus netos. Há, inclusive, uma moderna corrente doutrinária entendendo que, além das entidades familiares expressamente admitidas pelo texto constitucional, poder-se-ia reconhecer outras formas constitutivas de família, desde que presentes os requisitos da estabilidade, ostensibilidade, convivência e afetividade, não há mais no texto constitucional qualquer cláusula de exclusão. Reconhecem, portanto, a família fraterna formada por irmãos solteiros, a família homoafetiva e qualquer outra relação em que se evidenciem os requisitos supramencionados.

Observado na realidade que se impôs, este novo direcionamento acabou afastando-a idéia de família, a conjectura de casamento, ou seja, não é mais necessário casar para se formar uma família. E para sua configuração, deixou de ser exigida a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, dirime-se de sua finalidade inicial; a proliferação.

¹ Maria Berenice Dias **As famílias e seus direitos**. Disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em 22/06/2008

A Constituição Federal de 1988 ainda conferiu juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento, chamando de entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher. Devido o conservadorismo dos juízes, foi difícil fazer sua inserção no âmbito do Direito de Família. Somente a partir dos anos de 1994 e 1996, o Código Civil inseriu em seu bojo, as duas Leis 8.971 e 9.278 regulando a união estável como uma entidade familiar, e reconhece como estável, a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Apesar de a Constituição ter reconhecido a existência de entidades familiares fora do casamento, na busca de exercitar certo controle social, se restringiu a emprestar juridicidade apenas às relações heterossexuais. Por absoluta discriminação ou por um conservadorismo extremo, deixou de regular os relacionamentos que não têm como pressuposto maior a diversidade de sexos. Mas, é necessário encarar essa realidade sem preconceitos; pois, a homoafetividade não é uma doença. Assim, não cabe condenar quem exerce orientação sexual diferente, já que, negar a realidade não irá solucionar as questões que surgem com rompimento de tais relações. Não há como excluir direitos de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a construir um patrimônio.

Ainda são raras as decisões judiciais acerca das uniões homoafetivas. Fator esse que contribui em muito, com o preconceito. É necessário que se reconheça que a convivência homossexual e a união estável não se diferem. Ainda que haja restrição em nível constitucional, é preciso que por meio de uma interpretação análoga, se passe a aplicar a mesma regra legal. Pois, inquestionavelmente, trata-se de relacionamento que constitui uma unidade familiar, já atende aos requisitos básicos ditados pelas Leis 8.971 e 9.278, onde diz que é considerada união estável um relacionamento público, duradouro e contínuo, apesar de esse relacionamento não ser entre homem e mulher como define a Lei, atende a todos os outros requisitos.

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

2.2 União Estável

A Constituição Federal de 1988 foi um marco extremamente significativo para o Direito de Família. Pois, foi a partir dela que não se pode mais ignorar a união estável e menos ainda negar-lhe proteção legal ou, o que era pior, impor à mulher um ônus processual por vezes difícil de exercer, que era a prova da efetiva contribuição material para que fosse o direito à meação protegido pelo Estado.

Importa destacar que as famílias constituídas por aquelas formas devem ser tratadas de forma paritária, porque têm a mesma dignidade idêntica importância, portanto, inadmitidas quaisquer discriminações.

Segundo Diniz (2004, p. 336):

A Constituição Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, notória e prolongada de um homem e uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para a sua convolação.

A união estável, o casamento e a comunidade monoparental figuram expressamente na Lei Maior como entidades familiares. A família antes constituída pelo casamento sofreu uma transformação ante à promulgação da Constituição Federal de 1988. Houve aí, uma evolução no modelo jurídico do Direito Familiar brasileiro.

Essas mudanças refletidas no texto constitucional, decorrem das transformações ocorridas no seio da sociedade. Deflagradas com a quebra da ideologia patriarcal e impulsionadas pela evolução feminista, os papéis feminino e masculino têm sido reavaliados. E essas mudanças nos papéis repercutem nas relações interpessoais e favorecem o reconhecimento social das famílias alternativas, em especial, às formadas por casais de gays e lésbicas.

2.3 A União civil entre pessoas do mesmo sexo

A Constituição Federal de 1988 inaugura o capítulo que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, e dispõe no caput de seu Artigo 226 que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Mas, essa proteção estatal recai sobre o casamento, a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Essas entidades são consideradas pela Lei Maior como entidades familiares. Se por um lado a Constituição restringe a entidade familiar, e se utiliza de termos específicos, tidos por muitos como absoluta e desnecessariamente restritivos em relação às qualificações preliminares ao casamento, por outro lado, o Artigo 5º desta mesma Carta Magna afirma que ninguém deverá ser discriminado de forma ou por motivo qualquer.

A Carta Magna ampliou o conceito de família, retirando a exclusividade do casamento para albergar a família monoparental e a união estável entre pessoas de sexos diversos. Mas, silenciou-se a respeito da união homossexual. Implicitamente, pode ter ocorrido aí, uma vedação do legislador à união homossexual e seu reconhecimento como entidade familiar.

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas o casamento como entidade familiar, excluindo assim, toda e qualquer outra forma de convivência como familiar. Os novos tempos trouxeram mudanças sociais e culturais, levando os tribunais a reconhecerem a convivência não matrimonial entre o homem e a mulher. Houve uma evolução jurisprudencial sobre o tema. Pois, o reconhecimento em si, teve fases distintas. Pautando-se em vários fundamentos, pode-se a partir daí, proteger a mulher que viva matrimonialmente com um homem sem ser casada.

Para Peres (2006), “Nesse sentido, foram proferidas decisões admitindo a existência de uma sociedade de fato nesses relacionamentos”. Pois, nesse entendimento presumia-se um esforço comum, que significava uma participação direta da companheira na construção do patrimônio. Para tal feito era necessário que a mulher trabalhasse fora do lar, devendo assim, os frutos desse esforço acrescerem-se aos bens da sociedade. Nos casos onde não configurava

o esforço e participação da mulher na construção do patrimônio, subentendia-se que a mesma deveria ser indenizada pelos serviços domésticos prestados ao homem.

A doutrina comumente cita como requisitos para a configuração da união estável, a diversidade de sexos, a ausência de impedimentos matrimoniais, a estabilidade e a publicidade.

Peres (2006, p. 60) ainda destaca:

Assim, por força dos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, da liberdade e da igualdade e tendo como pilar a noção constitucional de família, deve-se, através da hermenêutica construtiva, estender o conceito de união estável às relações homossexuais.

Dias (2004), tem um posicionamento a favor desse reconhecimento da união estável entre homossexuais, pois a seu ver, “As relações homossexuais constituem uma unidade familiar que em nada se diferencia da união estável”. Por esta razão, segundo aquela, “Podem e devem ser aplicadas, por analogia, as leis resguardadas do relacionamento entre um homem e uma mulher”.

A Constituição Federal de 1988 apenas ignora a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo, não a proíbe. Neste sentido tem-se a idéia de que é passível de mudança em função do desconhecimento e do desenvolvimento social e cultural, Dias (2001, p. 69, *apud* Peres, 2006, p. 63).

Se o convívio homoafetivo gera família e se esta não pode ter a forma de casamento, necessariamente há de ser união estável. Não há outra opção. Trata-se de uma alternativa entre duas opções. Daí é forçoso reconhecer que a união estável é um gênero que admite duas espécies: a heteroafetiva e a homoafetiva. O legislador constituinte, ao considerar a família como um fato natural, só a concebeu com uma estrutura em torno da diferença entre os sexos, acabando a Carta Magna por reconhecer unicamente a união heteroafetiva.²

² Ana Paula Ariston Barion Peres **A adoção por homossexuais: 2006**, p. 63 *In* Maria Berenice Dias **União homossexual: 2001**, p. 69

No Brasil desde 1995 existe um projeto que visa disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se do projeto de lei número 1.115, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy do Partido dos Trabalhadores de São Paulo (PT/SP). O objetivo desse projeto é proteger os direitos à propriedade e à sucessão das pessoas do mesmo sexo que tiverem reconhecida a sua união civil.

Percebe-se aí que a homossexualidade é uma realidade e os homossexuais, assim como os seus simpatizantes, desejam ser tratados como garante a Constituição, como cidadãos livres e iguais. É importante que uma observação seja feita, o projeto tem intenção de regularizar a união civil entre os homossexuais sem dar um *status* de matrimônio. Pois, o mesmo se reserva ao casamento entre heterossexuais, considerando suas implicações religiosas e ideológicas. Porém, atribuem todos os direitos dos casais heterossexuais, aos casais homossexuais.

2.4 Direito sucessório na união homossexual

Recentemente, muito se tem discutido sobre os direitos advindos das relações homossexuais. Mas, o Brasil ainda caminha a passos lentos para ser um país de igualdades, tratando-se de direitos sucessórios em uma união homoafetiva. Consta na nossa Constituição que todos os cidadãos são iguais aos olhos da Lei. Porém, se um casal homossexual quiser ter os mesmos direitos que um casal heterossexual, ele terá que entrar com um processo judicial.

A união entre pessoas do mesmo sexo é fato social que está a desafiar o Direito brasileiro, propondo-lhe questões que ainda estão longe de serem respondidas satisfatoriamente. Em descompasso com as ciências médicas e psicológicas, que modernamente já retiraram a homossexualidade do nicho das patologias, o Direito ainda trata com reserva e preconceito, os conflitos e demandas oriundos das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Vargas enfatiza em seu artigo:

Ao enfrentar o desafio da sucessão quando o *de cujus* vivia uma relação homoafetiva, a doutrina e a jurisprudência mais conservadoras buscam dirimir os conflitos hereditários evocando o instituto negocial da sociedade de fato, cujo intento é a conjugação de esforços para a manutenção, formação ou aumento de um patrimônio único. Essa tese começou a ser utilizada no Direito pátrio para lidar com os conflitos oriundos da união estável entre homem e mulher quando ainda não havia lei regulando tal entidade familiar. Ainda hoje se mostra como corrente majoritária nas Cortes brasileiras, quando se trata de dar solução a conflitos patrimoniais relativos à extinção de uma comunidade familiar homossexual.³

Caso se entenda que seja possível aplicar para a união homoafetiva o mesmo regime jurídico que se aplica à união estável, todos os direitos aplicáveis a esse instituto também se estenderiam àquele; inclusive nos campos dos direitos sucessórios. Por outro lado, a corrente que entende que a união homoafetiva não configura união estável, traz como consequência o fato de que não há direito de herança. Isso quer dizer que, não há o direito na vocação legítima, porque sempre há a possibilidade de disposição dos bens por testamento; obviamente, obedecida a sucessão legítima dos herdeiros necessários.

O relacionamento entre homossexuais deve ser tutelado pelo direito, pelo fato de poder haver entre pessoas do mesmo sexo, uma união de vida baseada na existência de um relacionamento afetivo, pautado por assistência mútua e solidária, idêntica às relações heterossexuais.

Baseando no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, permite-se o uso da analogia, costumes e princípios gerais do direito, podendo assim, aplicar por interpretação análoga, à união estável, de modo que os efeitos patrimoniais e pessoais também sejam aplicados à união homoafetiva. Se a situação não é prevista em Lei não significa que ela esteja à margem do Ordenamento Jurídico. A função judicial é assegurar os direitos, e não proibi-los pelo fato de que determinada conduta ou postura não se enquadra no que se denomina de normal.

No capítulo que segue, verificam-se os procedimentos da adoção de acordo com a Constituição Federal de 1988 e Leis extravagantes com relação a quem pode adotar e ser adotado, documentos necessários e os princípios que regem a adoção.

³ Fabio de Oliveria Vargas **Direitos sucessórios na união homossexuais** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10742> Acesso em 24/06/2008.

3 ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Este capítulo trata dos procedimentos da adoção de acordo com a Constituição Federal de 1988 e Leis extravagantes relacionadas a quem pode adotar e ser adotado, documentos necessários e os princípios que regem a adoção.

Quando se fala em adoção é preciso, primeiramente, ter uma noção exata do que isso significa. Antes da Constituição Federal de 1988, olhava-se o interesse daqueles que queriam adotar. No Direito brasileiro, após a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, a adoção passou a ser uma medida de proteção integral à criança e ao adolescente, ou seja, preza-se a valorização da família favorecendo a colocação da criança ou adolescente nesse meio que é entendido como a base da sociedade brasileira. Muito mais que os interesses dos adultos envolvidos, é relevante para a Lei e para o juiz que decidirá se a adoção trará à criança ou adolescente a ser adotado, reais vantagens para seu desenvolvimento físico, educacional, moral e espiritual. Sua finalidade é satisfazer o direito da criança e do adolescente à convivência familiar sadia; direito este previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

A adoção envolve o rompimento de todo o vínculo jurídico entre a criança ou adolescente e sua família biológica, salvos os impedimentos matrimoniais, de maneira que os pais biológicos perdem todos os direitos e deveres em relação àquela e vice-versa (há exceção quando se adota o filho do companheiro ou cônjuge). Tem caráter irrevogável; de maneira que, mesmo com o falecimento dos pais adotivos, jamais se restabelece o vínculo jurídico com os pais biológicos. A adoção ainda dá à criança ou adolescente adotado, todos os direitos de um filho biológico, inclusive os direitos sucessórios. O registro civil de nascimento original é cancelado, para a elaboração de outro, onde irão constar os nomes daqueles que adotaram, podendo-se até, alterar o prenome da criança ou adolescente.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 6.º, ao cuidar dos direitos sociais, faz referência à maternidade e à infância como direitos fundamentais de uma pessoa em desenvolvimento. Porém, é no Art. 227, parágrafos 5.º e 6.º, que os princípios basilares assecuratórios à criança e ao adolescente no que tange a adoção, são especificados. Tais

princípios referem-se, entre outros, à fiscalização pelo Poder Público das condições para a efetivação da colocação da criança ou adolescente em família substituta na modalidade da adoção; objetivando, de imediato, evitar entre outros, o tráfico de menores. Além disso, o legislador constitucional, em conformidade com a tendência universal, proíbe expressamente quaisquer espécies de discriminações face à filiação adotiva, no que diz respeito aos direitos alimentícios, sucessórios, ao nome, etc., salvo os impedimentos matrimoniais.

3.1 Requisitos necessários para adoção

Quanto aos procedimentos necessários à adoção, destaque-se que ela ocorre em um processo judicial que tramita perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca. A pessoa interessada em adotar uma criança (não há obrigatoriedade de ser um casal) deverá manifestar sua intenção perante o Juiz, comprovando os requisitos que a lei exige. No caso do adotando ser de família conhecida, é necessária a concordância de seus pais.

Há casos em que será necessário que a criança passe por um estágio de convivência, quando o Juiz avaliará se a adoção é ou não recomendável. Tal estágio se desenvolve sob a supervisão judicial e sob o monitoramento de assistentes sociais.

Por fim, é importante ressaltar àquele que pretende adotar que deverá dirigir-se pessoalmente à Vara da Infância e Juventude para cadastrar-se como interessado. Pois, trata-se de um processo não muito rápido, rigoroso e com filas de espera, tanto de interessados quanto de crianças aguardando adoção.

3.2 A adoção no Estatuto da Criança e Adolescente

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 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dispõe que a criança ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio de uma família; seja esta natural ou substituta. Entre as modalidades de colocação em família substituta, encontramos a adoção: medida de caráter excepcional, mas irrevogável, que atribui a condição de filho ao adotado, impondo-lhe todos os direitos e deveres inerentes à filiação.

A Lei nº 8069/90 reza nos Artigos 39 a 52, sobre a adoção das pessoas amparadas pelo diploma legal conhecido como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nessa Lei, nos artigos 39 a 50, é determinado todo o procedimento para a adoção de crianças brasileiras, seja por nacionais ou estrangeiros domiciliados e residentes em território nacional. Haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5.º, assegura a todos os que aqui residem a igualdade perante a Lei. Deve-se salientar, ainda, que o brasileiro domiciliado e residente no exterior, terá os mesmos direitos que o nacional que se encontra em solo pátrio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente *in verbis* dispõe que:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. É vedada a adoção por procuração.

Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

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

§ 2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

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

§ 4º Os divorciados e os judicialmente separados poderão 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 da sociedade conjugal.

§ 5º 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.

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

Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Art. 48. A adoção é irrevogável.

Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

Art. 51 Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

§ 1º O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo

psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

§ 2º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência.

§ 3º Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.

§ 4º Antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional.

Art. 52. A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Parágrafo único. Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

Serão colocadas em adoção todas as crianças e adolescentes cujos pais biológicos (ou adotivos, uma vez que não há limite para que uma pessoa seja adotada) ou representante legal concordem com a medida, ou se os pais estiverem destituídos do poder familiar ou ainda, se estiverem falecidos. Porém, só será efetivamente deferida, sempre que “manifestar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 42, § 5º).

3.3 A adoção no Código Civil brasileiro

O Código Civil de 2002 trata da Adoção nos Arts. 1.618 a 1.629. Tal como promulgado, abordando de forma genérica vários institutos, o referido diploma provoca problemas de interpretação o que poderá ocasionar, modificações intensas.

Para os doutrinadores, a Lei Nº. 8.069/90, como sistema jurídico regente dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, não foi revogada pelo novo Ordenamento Jurídico que se impõe, devendo esta ser aplicada em tudo o que não conflitar com o Novo Código Civil. Pode-se citar como exemplo prático, a maioria que se atinge ao completar 18 anos estando-se apto a todos os atos da vida civil. Dessa forma, salvo para o ato infracional e seus efeitos, cujo fundamento é diverso, tudo o que se referir à capacidade civil e suas

consequências, não mais observaremos a regra do Estatuto da Criança e do Adolescente que faz menção aos 21 anos de idade.

O Código Civil de 2002 deverá ser observado no que tange a capacidade para adotar (art. 1.618) que baixa a idade do requerente de 30 anos (na prática observava-se ser 32 anos) para 18 anos, conservando-se, por oportuno, a diferença etária entre adotante e adotado em 16 anos, como disposta no ordenamento civil anterior, também absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O fundamento dessa norma está em se tentar imitar a família biológica o quanto possível.

Consoante à Constituição Federal de 1988, que trata da família nos parágrafos do seu artigo 226, a Lei Nº. 10.406/2002 possibilita que o casal formado por homem e mulher, independente do vínculo matrimonial adote. Basta apenas que um dos consortes tenha preenchido os requisitos exigidos pela Lei (idade mínima de 18 anos e diferença entre adotante e adotado em 16 anos); porém, no que se refere à família originada da União Estável, ainda persiste a necessidade de comprovação da estabilidade familiar.

O ordenamento civil vigente permite que haja a adoção unilateral, na qual o cônjuge ou o companheiro adote o filho do outro, sem que o pai ou mãe seja destituído do poder familiar. Na verdade, a madrasta ou o padrasto alçarão a categoria de pais.

O Código Civil de 2002 silencia a respeito de adoção por ascendentes e irmãos. Acredita-se que a jurisprudência se encarregará de pacificar as possíveis divergências que por ventura surgirem face a esta omissão do legislador.

3.4 Procedimentos para adoção

Primeiramente, deve-se dirigir ao Fórum com o Documento de Identidade e comprovante de residência. Receberá informações iniciais a respeito dos documentos necessários para dar continuidade ao processo. Após análise e aprovação dos documentos, são

realizadas entrevistas com a equipe técnica das varas da Infância e da Juventude, que consiste de profissionais da área da psicologia e do serviço social.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode adotar por procuração.

As entrevistas visam conhecer as reais motivações e expectativas dos candidatos à adoção. A preocupação da equipe técnica das varas da Infância e da Juventude, psicólogos e assistentes sociais, é de buscar, por meio de uma cuidadosa análise, se o pretendente à adoção pode vir a receber uma criança na condição de filho. A partir disto, as entrevistas objetivam conciliar as características das crianças/adolescentes que se encontram aptas à adoção com as características das crianças pretendidas pelos adotantes; identificar possíveis dificuldades ao sucesso da adoção e fornecer orientações.

Para a adoção internacional é necessário observar alguns requisitos como Comprovação documentada do país de domicílio, de habilitação para adoção, segundo a legislação local; estudo psicossocial realizado por agência especializada e credenciada no país de origem; estudo prévio e análise dos documentos enviados para a CEJA/CEJAI (Comissão Estadual Judiciária de Adoção e Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional) e estágio de convivência entre adotando e adotado.

A legalização da adoção se dá com a lavratura da sentença. A partir daí, a criança ou adolescente passará a ter uma certidão de nascimento na qual os adotantes constarão como pais. O processo judicial será arquivado, e o registro original do adotado será cancelado.

Contudo, considerando-se que a história de uma criança não pode ser apagada, o Juiz autoriza ao adotado, a qualquer tempo que desejar consultar os autos que tratam de sua origem e de sua adoção. Na sua nova certidão de nascimento, a criança passará a ter o nome escolhido pelos adotantes e seu sobrenome.

A inscrição, a avaliação e o acompanhamento, realizados por instância oficial, são absolutamente gratuitos. Caso os interessados optem por recorrer a serviços externos como psicólogos, médicos, etc., serão cobrados os honorários.

3.5 Cadastro nacional de adoção

Foi lançado em Brasília em 29 de abril de 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, o Cadastro Nacional de Adoção que vai integrar as listas de crianças que podem ser adotadas e de candidatos a adotá-las, existentes nas Varas da Infância e da Juventude de todo o país. A intenção deste Cadastro é centralizar e cruzar informações para que o sistema permita a aproximação entre crianças que aguardam por uma família e pessoas de todos os Estados que tentam uma adoção. Uma vez habilitado, o requerente está apto à adoção em qualquer lugar do Brasil.

Criado pelo Departamento de Informática do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) para centralizar os dados das varas da Infância e da Juventude de todo o país e facilitar o acesso de pretendentes à adoção, o Cadastro Nacional de Adoção permitirá o armazenamento detalhado de informações sobre quem quer adotar e quem está na fila à espera de uma oportunidade para encontrar uma família. Também ajudará o cruzamento de perfis e fornecerá uma série de outras informações, como, por exemplo, abrigos existentes, crianças prontas para serem adotadas e pretendentes.

A coleta de dados vai permitir saber com precisão quantos são os meninos e meninas disponíveis para adoção no país, quanto tempo vem durando os processos, quantos são os pretendentes e se existe um perfil de crianças procuradas por eles.

Com a implantação do Cadastro Único de Adoção, cada Juiz da Infância e da Juventude terá a responsabilidade de manter o mais atualizado possível a lista de adoção da sua comarca e, o acesso ao banco de dados será feito por meio de senha específica. E nos municípios onde ainda há dificuldade de acesso à internet, a atualização ficará a cargo das corregedorias de Justiça dos Estados.

3.6 A adoção por homossexual

Existem duas formas de adoção por homossexual: a adoção individual ou por casais de homossexuais. Com relação à adoção individual por homossexual, esta é um pouco menos complexa do que a outra. Não existe argumento que negue esta adoção. O único fato que poderia influenciar seria o moral, e mesmo assim, não é suficiente para proibi-la, pois a orientação sexual do indivíduo não é pressuposto para esse instituto. Antigamente, o homossexual conseguia adotar uma criança sem grandes problemas. Mas para obter este feito, protegia sua orientação sexual.

A adoção por casais de homossexuais, contudo, ainda é mal vista pela sociedade. No entanto, essa sociedade ainda não percebeu que de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente o importante não é o preconceito, e sim, a proteção aos direitos de todas as crianças e adolescentes. O nosso ordenamento jurídico não possui nenhuma norma específica a favor da adoção por homossexuais; Porém, também não possui nenhuma que restrinja esse tipo de adoção. Sendo assim, o juiz não poderá deixar de julgar um caso por não estar expresso na Lei, ou seja, mesmo este tipo de adoção não estando expressa no Código Civil de 2002, Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o juiz julgará baseado na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, segunda o Art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 é bem clara no que tange ao direito de igualdade a todos, sem nenhuma distinção de sexo. A partir desse pressuposto se torna inconstitucional, indeferir o pedido de adoção, quando o motivo é a orientação sexual do casal. Com isso, ferem-se os princípios constitucionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente que trata desse assunto aqui no Brasil não apresenta nenhuma restrição a este tipo de adoção. Pelo contrário, ele afirma que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotado, assim, aquelas crianças e adolescentes sairão dos orfanatos para terem um lar, ou seja, uma família de verdade.

Com relação ao Código Civil de 2002 e seus artigos referentes à adoção, pode-se afirmar que estes não revogam o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando assim tutelar o melhor interesse do menor. Então, se o interesse é o melhor para o menor e não existe nenhum impedimento legal que proíba esta adoção, fica claro que o que está sendo levado em consideração para o indeferimento deste pedido, é o preconceito que a sociedade tem para com os homossexuais.

No capítulo seguinte tratar-se-á da Possibilidade Jurídica da adoção por casais homossexuais, o que diz a Lei sobre o assunto, os efeitos psicológicos da educação pelo casal homossexual, posicionamentos contra e a favor da adoção para casais homossexuais e as primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro com relação a esse novo tipo de adoção entre outros aspectos.

4 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Observa-se neste último capítulo, a essência do que se propõe: a demonstração da possibilidade jurídica da adoção para casais homossexuais, efeitos psicológicos da educação pelo casal homossexual, posicionamentos contra e a favor da adoção para casais homossexuais, bem como, as primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro com relação a esse novo tipo de adoção, entre outros aspectos.

4.1 Efeitos psicológicos da educação pelo casal homossexual

A adoção por casais homossexuais é um assunto polêmico que divide a sociedade, a Igreja e os operadores do direito. Mas, após vários estudos, os psicólogos defendem que não é prejudicial à criança ser adotada por um casal homossexual. Esse tipo de adoção ainda não é regulamentado por Lei, uma vez que a Constituição Federal de 1988 entende que a família é constituída por pai, mãe e filhos. Porém, já há várias Jurisprudências decidindo favoravelmente, alguns pedidos; desde que preenchidos todos os requisitos.

Num contexto geral há algumas teorias a respeito de estudos psicológicos com relação às crianças educadas por pares homossexuais, das quais umas afirmam que a criança precisa se espelhar no comportamento dos pais para se orientarem na sua sexualidade. Outras enfocam que o entendimento de gênero começa a se desenvolver quando a criança percebe as diferenças comportamentais entre homem e mulher.

A teoria psicanalítica afirma que a criança se identifica com seu progenitor do mesmo sexo, ou seja, tende a imitar os pais. E esse processo de identificação ocorre através de simbologias com base em dois referenciais culturalmente definidos como masculino e feminino.

Quando a relação é homossexual, normalmente um dos parceiros se aproxima do gênero que culturalmente lhe é atribuído. Silva Junior (2007, p. 115) diz que:

Em uma relação homossexual, por exemplo, um dos parceiros, no geral, sempre aproxima mais do papel de gênero atribuído, culturalmente, no sexo oposto – não do ponto de vista dos traços estereotipados e, erroneamente tomados como identificadores da homossexualidade; mas no aspecto psíquico, que se reflete no comportamental. Como a sexualidade deve ser vista em um plano essencial da constituição humana – ponto de partida, sem dúvida, mais seguro -, na interação entre os pais (biológicos ou adotivos), importante para o normal desenvolvimento do(s) filho(s), é haver uma acomodação equilibrada entre as manifestações afetivo-comportamentais e, mais especificamente, entre as polaridades masculina e feminina de cada um dos companheiros.

Ainda há por parte da sociedade, a crença de um potencial dano futuro com relação à criança adotada por um casal homossexual, pela ausência de referências comportamentais e, por consequência, a possibilidade de ocorrerem sequelas de ordem psicológicas; o que de fato não há comprovação sobre reais danos, pelo contrário, pesquisas mostram que não há maior possibilidade de ocorrerem traumas por ter a criança sido criada por dois pais ou duas mães.

Os especialistas afirmam que a ausência do indivíduo do sexo contrário ao dos pais ou das mães, é facilmente contornada pela existência de pessoas próximas.

Há o medo de que a criança seja abusada sexualmente pelos casais homossexuais e ainda o receio de que opte pela orientação sexual deles; tornando-se assim, um homossexual também. Segundo algumas pesquisas não há nada de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças.

Um dos argumentos mais utilizados contra a adoção por casais homossexuais é o de que a criança poderá sofrer preconceitos na sociedade onde vive. Para Dias “são sequelas que inexistem”, pois:

(...) não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores é geradora de patologias, eis não ter sido constatado qualquer efeito danoso para o desenvolvimento moral ou a estabilidade emocional da criança conviver com pais do mesmo sexo. Muito menos se sustenta o temor de que o pai irá praticar sua sexualidade na frente ou com os filhos. Assim, nada

justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado terá prejudicado seu desenvolvimento ou que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero.⁴

Importa salientar que todas as pessoas independentemente de sua orientação sexual, são capazes de desempenhar o papel de pai e mãe, ou seja, independente da personalidade e de maior identificação com um ou com outro.

Utiliza-se ainda o argumento para o indeferimento da adoção por homossexuais, a importância do modelo pai/mãe no desenvolvimento da criança como tendo a mãe, a função de cuidar e o pai a função de estabelecer normas e impor limites. Isto pode ser um equívoco, visto que as atribuições de gênero em nossa sociedade são socialmente construídas. Se for necessário um casal heterossexual para a construção da identidade sexual dos filhos, pode-se dizer então que um filho do sexo masculino criado apenas por sua mãe necessariamente apresentaria dificuldades com sua sexualidade, ou vice-versa.

O modelo de pai autoritário e rígido e educação severa dos filhos, principalmente os do sexo masculino está ultrapassado. Atualmente, o cuidado com o filho não traz mais o estigma que o contrapõe à virilidade masculina. Há uma tendência nos casais homoafetivos de que as decisões acerca das tarefas domésticas e da criação dos filhos sejam igualitárias, tal qual a afetividade oferecida. A abertura para o diálogo diminui os conflitos, o que favorece um desenvolvimento infantil saudável.

Já o modelo democrático de educação possibilita o entrelaçamento de disciplina, exigência de responsabilidades e afeto. Possivelmente, proporciona o desenvolvimento de crianças com auto-estima, responsabilidade, iniciativa, código moral autônomo, habilidades sociais, flexibilidade de atribuições de gênero e aceitação da homoafetividade sem estereótipos e tipificações. Estas características são as mesmas de crianças que apresentam uma vida cotidiana com a rotina da escola e com a variedade do lazer similares aos colegas de mesma idade.

⁴ Maria Berenice Dias, **União homossexual**: 2000, p. 99.

A preocupação dos pais homossexuais são as mesmas dos pais heterossexuais, mas incluindo nessa lista de preocupações o preconceito da sociedade.

4.2 Viabilização do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais

Como se viu anteriormente, a homossexualidade que já foi considerada doença (homossexualismo) e hoje é tida como jeito de ser, foi marginalizada por muito tempo e, atualmente tem sido objeto de estudo e análises, sobretudo na seara jurídica. O tema leva à reflexão sobre igualdade, exclusão social e discriminação, que ainda vigora no Brasil, bem como, sobre os nossos próprios preconceitos e a dificuldade de romper com eles.

O direito dos homossexuais de serem pais e mães é considerado no âmbito dos direitos fundamentais e encontra-se garantido pelos princípios da igualdade, do pluralismo e da não-discriminação, sendo um direito inerente a todo ser humano, inspirado no respeito à dignidade humana e na sua condição de cidadão.

O direito à paternidade e maternidade pode ser uma questão de escolha. Mas também pode afetar a personalidade de cada indivíduo, como afirma Sapko (2006, p. 110):

O poder, ou não ter filhos e a possibilidade de escolher tê-los, ou não, são situações que afetam a personalidade de cada um, influenciando não só a idéia que cada um tem de si mesmo, mas inclusive sua forma de relação com o restante da sociedade, o que se pode constatar no dia-a-dia de todos nós. Quem já não teve contato com uma pessoa que não podia ter filhos, seja por que motivo fosse?

Neste contexto, o direito à paternidade e maternidade, que emana da própria personalidade de cada pessoa, independente de sua orientação sexual, pode ser reconhecido como um direito, ainda que não tipificado explicitamente na Lei, uma vez que se reconheça o respeito à personalidade humana.

A adoção, portanto, é um dos caminhos mais viáveis para o exercício da paternidade e/ou maternidade por homossexuais e até mesmo por casais heterossexuais impossibilitados de gerarem seus próprios filhos.

Em alguns países já são legalmente permitidas essas adoções, como: Holanda, Suécia, Dinamarca e Islândia, tornando real o projeto parental homoafetivo. No Brasil, não há legislação que vede a adoção por casais homossexuais, nem tão pouco, autorizando-a.

Alguns autores já atentaram para manter um posicionamento de vanguarda no cenário jurídico brasileiro face à adoção por casais homossexuais, já que, a nossa legislação em lugar algum, dispunha como seria a conformação da chamada família substituta; abrindo assim, uma margem de defesa da hipótese de ser formada por gays ou lésbicas.

O Código Civil de 2002 veda a adoção por duas pessoas quando não forem casadas ou não vivam em união estável, e, de acordo com o artigo 1723 do referido Código, esse casal tem de ser composto por homem e mulher.

A dificuldade que traz o Código Civil em permitir a adoção por duas pessoas apenas se forem um homem e uma mulher casados ou vivendo em união estável, não se transforma em um obstáculo intransponível à adoção homoafetiva. A Lei poderá ser interpretada por analogia e de acordo com a Constituição Federal de 1988 e continua vedada a discriminação de qualquer natureza, e levando-se em consideração princípios como o respeito à dignidade humana e o pluralismo.

Se o Estado Democrático de Direito compactuar com tais conceitos, estará concordando com a visão discriminatória; negando assim, princípios como da isonomia, do pluralismo e da solidariedade. Impedindo então, a livre formação da identidade por cada indivíduo, violando, diretamente o princípio do respeito à dignidade humana.

E, todos tem o direito de adotar, seja hetero ou homossexual, devendo ser observadas apenas, as condições que o adotante tem de criar e educar o adotado, sendo pessoas idôneas e responsáveis, com amadurecimento que se faz necessário na formação da personalidade de uma criança.

Independente da orientação sexual há bons e maus pais, negando assim, algo que evidencie que uma pessoa, que tem atração sexual por outra do mesmo sexo, não seja capaz de educar uma criança, ou que sua convivência com ela possa ocasionar qualquer risco à sua formação; o que também não possa ocorrer no convívio com um heterossexual, ou seja, negar a adoção ao homossexual única e exclusivamente, pela sua orientação sexual, é incompatível com os princípios constitucionais. A heterossexualidade não é um requisito para adotar.

4.3 A ausência de vedação legal

A Constituição Federal traz no Caput de seu Artigo 5º *in verbis* "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz menção a requisito para adotar, vinculado à sexualidade do requerente, de acordo com a Lei Maior.

O inciso II do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei". Inexistindo vedação legal expressa, não se pode exigir que um indivíduo, por ter orientação sexual diferente da convencional, se prive do direito de adotar se assim a Lei não o determina. O entendimento de que não há impedimento legal para a adoção por homossexuais, é admitido mesmo por aqueles que se manifestam contrariamente à colocação em família substituta nestes casos.

Dificultando assim, o indeferimento do pedido de adoção efetuado por homossexuais, com base unicamente em fundamentos legais.

4.4 Posicionamentos contrários e a favor da adoção por casais homossexuais

Os que negam aos homossexuais o direito de constituir família pelos laços do parentesco civil aduzem, de modo geral, que não se pode admitir que uma criança ou

adolescente conviva com pessoa que leva uma vida desregrada, fora dos padrões considerados normais e estabelecidos pela sociedade, o que pode levar a um desenvolvimento psicológico e social prejudicado.

Mas, tais argumentos são baseados exclusivamente em meras suposições carregadas de preconceito ao presumir que todos os homossexuais são promíscuos e que fazem de suas casas, um antro de orgias de diversas naturezas. Não é a orientação sexual que determina se o indivíduo apresenta conduta que possa prejudicar o desenvolvimento de uma criança sob seus cuidados, até porque muitos heterossexuais têm como rotina, a dita vida desregrada atribuída aos homossexuais.

Obviamente, há pessoas sem condições morais de formar o caráter de outros indivíduos. Mas, é exatamente para evitar que situações desagradáveis e lamentáveis se estendam ao parentesco civil, é que o Artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente vincula o deferimento da adoção ao atendimento dos interesses do menor e impõe a avaliação por assistentes sociais e psicólogos.

Se o requerente homossexual ou não, leva para sua residência pessoas de conduta moral duvidosa, entrega-se a uma vida dissoluta e utiliza substâncias entorpecentes, não se comporta de maneira a gerar um bom exemplo para aqueles que o rodeiam; torna-se impossível deferir o pedido de adoção.

Mas, se o adotante é cumpridor de seus deveres e apresenta virtudes desejáveis em qualquer cidadão, não é pelo fato de ser homossexual que há de se recusar a colocação da criança em família substituta, mesmo sendo essa família diferente dos padrões estabelecidos pela sociedade.

Vários estudos demonstram que o desenvolvimento da criança, inclusive do ponto de vista sexual, não pode ser prejudicado em decorrência de ser educada em um lar homossexual. Tais estudos confirmam ainda que o fundamental para a criança e o adolescente é que haja alguém para desempenhar as funções materna e paterna, que não estão ligadas ao sexo daquele que as exercer.

Se fosse admissível concluir que a sexualidade dos pais, biológicos ou não, influenciasse na orientação sexual dos filhos, por que há homossexuais se, biologicamente todos são filhos de relações heterossexuais? O que dizer das famílias monoparentais consangüíneas? Será que um menino criado sem a figura paterna, por exemplo, observando a mãe relacionar-se com indivíduos do sexo masculino, tenderia a envolver-se sexualmente no futuro com outros homens? Obviamente que a resposta tanto pode ser positiva quanto negativa. Mas, isso porque a sexualidade é determinada por outros fatores que não este.

Tal hipótese reforça a idéia de que o importante é que a criança ou adolescente seja cuidado por pessoas que exerçam as funções materna e paterna, que podem até mesmo ser desempenhadas por um só indivíduo, como anteriormente explicitado.

Weber (2001 *apud* Figueiredo, 2007, p.86) enfatiza que “ter pai ou mãe lésbica pode ser motivo de discriminação, velada ou não”, e “além de obstáculos nas relações sociais, não é raro que filhos de pais homossexuais enfrentem problemas de ordem emocional, principalmente quando se encontram na adolescência.”

Figueirêdo (2007) traz alguns autores que apresentam alguns posicionamentos a favor ou contra a adoção por casais homossexuais. A seguir, apresentam-se esses autores com seus respectivos argumentos:

Lasnik (1979 *apud* Figueirêdo 2007) destaca uma pessoa homossexual procurar uma criança para adoção não é sinônimo de consegui-la, mesmo nos Estados Unidos. Não é sequer possível determinar quantos homossexuais já adotaram uma criança.

Dullea (1988 *apud* Figueirêdo 2007) realizou uma pesquisa com 920 candidatos à adoção ou guarda de uma criança nos EUA e em nenhum caso o participante identificou-se como homossexual, embora 10% tenha optado por não responder essa questão.

Dullea (1988 *apud* Figueirêdo 2007) revela que existem preocupações da população sobre a possibilidade de homossexuais abusarem sexualmente de seus filhos ou ainda que as crianças fossem influenciadas por seu comportamento homossexual. No entanto, Coates e Zucker (1988) afirmam que não existe evidência que pais homossexuais abusem de seus filhos com mais freqüência do que o fazem pais heterossexuais.

Samuels (1990 *apud* Figueirêdo 2007) argumenta que atualmente vários casais homossexuais americanos estão candidatando-se à adoção de uma criança, ao contrário do que ocorria no passado, quando recorriam mais freqüentemente à inseminação artificial. Esse mesmo autor ainda afirma que, mais importante do que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto

principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável.

Rickts & Achtenberg (1989 apud Figueirêdo 2007) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmam portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou com somente um deles; o mais importante é como essa família vive.

Mcintyre (1994 apud Figueirêdo 2007) faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto casais tradicionais.

4.5 Primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro com relação a esse novo tipo de adoção

São dois procedimentos distintos para a efetivação da adoção: para pessoas domiciliadas no Brasil e para pessoas domiciliadas no exterior.

Segundo Figueirêdo, em razão desta distinção de complexidade, ele esclarece que não se trata de mera transcrição e sim, manter as referências genéricas sobre a colocação da criança em família substituta, quando aplicáveis a qualquer de suas modalidades específicas, ou seja, guarda, tutela e adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata genericamente os requisitos da colocação em família substituta em seu Art. 29, *in verbis*: “Não se defirirá colocação em família substituta a pessoa que revele por qualquer modo incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Nesse caso, o legislador quis tornar impossíveis generalizações ou listagens do que é ou não, um ambiente familiar adequado.

A Constituição Federal proíbe toda e qualquer forma de discriminação, inclusive a da orientação sexual. No entanto, ser ou não preconceituoso é mais uma carga cultural. Embora a

Lei devesse acompanhar o fato social, não existe norma jurídica vedando, permitindo ou estimulando determinada postura.

4.5.1 Possíveis lacunas do Direito Brasileiro

Embora pouco tenha se manifestado sobre o tema: **Adoção para homossexuais**, a doutrina pátria muito tem escrito sobre as transformações ocorridas na estrutura jurídica da família brasileira após a Constituição Federal de 1988. Com o aumento do número de homossexuais que ingressam com o pedido de adoção verifica-se um maior interesse jurídico sobre o assunto.

Ainda assim, alguns operadores do direito divergem quanto à adoção por homossexuais, por entenderem que esse tipo de adoção seja nociva ao adotado, embora havendo um consenso doutrinário de que se deva priorizar o interesse da criança em detrimento dos demais interesses em jogo. Outros já acolhem posicionamento inverso.

A jurisprudência nacional tem evoluído, ainda que de forma bastante lenta e gradual, passando a reconhecer, em algumas decisões, o direito de adoção por parte dos homossexuais. Já existem várias decisões favoráveis a pedidos de adoção por homossexuais, até porque a Lei não acolhe razões que tenham por fundamento o preconceito e a discriminação. Portanto o que a Lei não proíbe, não pode o intérprete inovar.

A maioria dos pedidos é acolhida com fulcro na Constituição Federal de 1988 que assegura a igualdade de todos perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza. Neste sentido, o autor do pedido deve demonstrar que possui condições para o pleno exercício do encargo postulado, independente da sua orientação sexual.

Ocorre que a Lei não faz qualquer menção à orientação sexual do interessado, não lhe sendo perguntada a sua opção sexual, razão pela qual qualquer pessoa pode adotar individualmente, desde que preencha os requisitos legais. No sentido de a legislação brasileira permitir a adoção por pessoas solteiras e em função do princípio fundamental da dignidade

humana, a homossexualidade do candidato não pode ser um obstáculo ao exercício desse direito.

A jurisprudência, portanto, começa a acenar positivamente, deferindo o pedido de adoção individual feito por homossexual, ainda que o mesmo conviva com parceiro do mesmo sexo.

Um dos casos dessa modalidade de adoção mais conhecidos é o caso do filho da cantora Cássia Eller:

Pessoa (2002) apud Peres (2006 p.150) Em 31 de outubro de 2002, a 2ª Vara de Órfãos e Sucessões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que o filho de nove anos da cantora Cássia Eller, em virtude de seu falecimento, ficará sob a tutela definitiva de sua companheira Maria Eugênia Martins. Maria Eugênia disputava com o avô paterno a guarda da criança, sendo que, ao final, o mesmo desistiu do pleito, mediante acordo que lhe assegura o direito de visitar o menino duas vezes ao ano, no período de férias escolares, desde que ele consinta.⁵

Importante ressaltar que a adoção conjunta a casais homossexuais, assegura amparo legal ao adotado em caso de ausência de um dos parceiros, decorrente da morte de um deles ou que venham a se separar. Dessa forma, a criança terá seus direitos ampliados, e poderá pleitear quaisquer eventuais benefícios a que tenha direito.

⁵ Ana Paula A. B. Peres **A adoção por homossexuais**: 2006 p. 151

CONCLUSÃO

É sabido que o Direito nasce dos fatos sociais, das relações travadas entre os seres humanos. A humanidade está em constante transformação, visto que, até recentemente, ou seja, anterior à Constituição Federal de 1988, a família era entendida apenas como a união de homem e mulher por meio do casamento com o objetivo de constituir uma prole e educar os filhos. A partir da Constituição Federal de 1988 essa situação começou a ter nova colocação; passou-se a reconhecer a união estável também com entidade familiar e filhos tidos fora do casamento como legítimos. Hoje, convivemos com inúmeras formas conjugais e familiares. Porém, ainda existe certa ignorância do Direito em relação a alguns fatos sociais, como é o caso das uniões homossexuais ou homoafetivas juntamente com a adoção por casais advindos dessa união.

O tema abordado é algo ainda novo e precisa de um tempo para ser totalmente aceito pela sociedade que ainda não está preparada para se posicionar diante de tal situação. Um fato que poderia influenciar na adoção por casais homossexuais seria o moral, mas não é suficiente para proibi-la, pois a orientação sexual do adotante não o qualifica como incapaz de adotar, não significa que ele não tenha conduta moral para criar e educar uma criança, não está provado que a homossexualidade seja sinônimo de falha de caráter.

Vê-se que a adoção por homossexuais não encontra proibição e nem autorização expressa em lei. Contudo, não se pode negar principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família. E esses atributos deveriam ser inerentes a qualquer ser humano; seja ele hetero ou homossexual.

Para os que têm um posicionamento contrário à adoção por casais homossexuais no contexto social, a criança adotada pode vir a ter problemas por ter dois pais ou duas mães. No âmbito psicológico acredita-se que a criança poderia se espelhar nos moldes dos pais e se tornar homossexual ou ser uma pessoa desequilibrada emocionalmente.

Portanto, conclui-se que, sendo a adoção por pares homossexuais reconhecida pela Lei, resolve em grande escala o problema social do menor em situação de abandono e de risco, haja vista que o homossexual não tende muito a escolher o perfil da criança a ser

adotada. Ao contrário da adoção por casais heterossexuais que normalmente escolhem bebês recém-nascidos e de características físicas semelhantes às deles próprios, ficando assim, uma fila muito grande de interessados em adotar e os orfanatos cheios de crianças à espera de uma família. Uma prova disso é o caso da menina Theodora que, com 4 anos de idade foi rejeitada por 45 famílias por ser considerada velha para a adoção.

Aumentando o número de adoções resolveria grande parte do problema das crianças órfãs de nosso país, que poderiam ter uma vida com conforto, educação e carinho.

Entendemos que a orientação sexual por si só, não é impedimento para que se adote. Pois, a Constituição Federal garante a todos o direito à igualdade e da não discriminação de qualquer natureza. É imprescindível que olhemos com uma maior atenção para os casos de casais homossexuais a fim de adotarem. A sociedade cedo ou tarde, poderá superar o preconceito, pois estão em jogo valores muito mais importantes do que meras questões sociais e religiosas. O que está em jogo é a dignidade da pessoa humana, seja ela hetero ou homossexual, seja ela o adotante ou o adotado.

Não há qualquer impedimento para que homossexuais adotem. Além do quê, o Art. 43 do ECA *in verbis*: consagra que a "Adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotante e fundar-se em motivos legítimos".

O grande argumento dos doutrinadores que se opõem à adoção de crianças por homossexuais é de que especialistas ligados à área da psiquiatria e da psicanálise alertariam para o perigo da identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria, por lealdade afetiva, a se tornarem também homossexuais. Argumentam ainda que até os três anos de idade, a personalidade da criança se forma, e nessa formação contribui sem dúvida alguma a diferença de sexo entre os pais. Afirmam que se os pais são homossexuais, grande é a possibilidade de os filhos também o serem. Cientificamente não há nada comprovado. Primeiro porque, mesmo sem grande conhecimento na área de psiquiatria e psicologia, o senso comum revela-nos que a criança, na formação de sua personalidade, identifica-se sim com seus pais, mas essa identidade é de personalidade. A forma física (genital) em que tais papéis feminino e masculino se apresentam pouco importa para a criança.

Segundo, porque se a afirmação de que os filhos imitam os pais fosse uma verdade inexorável, como se explica que crianças, geradas, criadas e educadas por casais

heterossexuais, se descubram e se proclamem mais tarde homossexuais? Esse tipo de argumento é preconceituoso, discriminatório e infeliz. Se o velho jargão "Tal pai, tal filho"⁶ fosse absoluto, filhos de gênios seriam gênios; de alcoólatras, alcoólatras, de psicopatas, psicopatas, e assim por diante. Felizmente, a realidade está aí para abolir tais argumentos. Na verdade, a ciência não sabe o que determina a preferência sexual de uma pessoa.

Enfim, o fundamental é que a adoção seja uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, e não um mecanismo de satisfação de interesses dos adultos. Trata-se, sempre, de encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para se adequar a uma família.

⁶ Dito popular que significa que o filho tende a ser igual ao pai.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia Sagrada**, 2ª ed. Barueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1956.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

BRASIL. **Código civil brasileiro**. – 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros homossexuais e portadores de deficiência/Álvaro Ricardo de Souza Cruz. – 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 05: Direito de Família – 19ª ed. São Paulo: Saraiva 2004.

ECA LEI N° 8.069/90

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. 7ª tir./ Curitiba: Juruá, 2007.

FONSECA, Claudia, **Caminhos da adoção**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 1970.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica**. 5ª ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

PETER, Fry & EDWARD, Macrae. **O que é homossexualidade**. Coleção Primeiros Passos. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família: volume 6. 28ª ed. ver. e atual. por Francisco José Cahali: de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-01-2002). – São Paulo: Saraiva 2004.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

Disponível em: <http://br.groups.yahoo.com/group/libertarios/message/7029> acesso em 26/04/08

Disponível em : http://pt.wikipedia.org/wiki/Cronologia_dos_direitos_homossexuais

Disponível em : http://www.consulex.com.br/consulexnet_read.asp?id=2&idd=2925 acesso em 16/06/2008

Disponível em: <http://www.yamamoto.com.br/artigos/adocao.htm> acesso em 03/09/2008

Disponível em: http://www.tj.rj.gov.br/infan_ju/1vara/adocao/adocao.htm acesso em 03/09/2008

Disponível em: www.advogado.adv.br/artigos/2003/fabiaandreabevilaquavaleiko/adocao.htm acesso em 04/09/2008

Disponível em: http://www.adocaobrasil.org/#procedimentos_#1 ACESSO EM 10/09/2008

Disponível em: www.google.com.br/search?hl=pt-BR&q=princ%C3%ADpios+da+ado%C3%A7%C3%A3o&meta= acesso 10/09/08

Disponível em: <http://dadospessoais.net/info/a-possibilidade-juridica-de-adocao-por-casais-homossexuais/2007-09/> acesso 10/9/08
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669&p=3>

Disponível em : www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2180. acesso em 25/02/2008

Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764 acesso em 04/03/2008

Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/27435> acesso em 10/03/2008

Disponível em: www.juspodivm.com.br/i/a/%7BA5A9E796-D6B8-44B2-8B71-B8E96B71FBA1%7D_a_eficacia_do_garantismo.doc acesso em 17/11/08

