



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

O DIREITO DA CRIANÇA NA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Derla Rosany Barboza Vital
Prof.^a Luciana Rodrigues Passos Nascimento

Aracaju
2015

DERLA ROSANY BARBOZA VITAL

O DIREITO DA CRIANÇA NA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Luciana Rodrigues Passos Nascimento
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

O DIREITO DA CRIANÇA NA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Derla Rosany Barboza Vital¹

RESUMO

A finalidade deste artigo científico é levantar uma questão bem moderna e despertar em toda sociedade uma mais ampla ponderação sobre seus preconceitos e de sua aptidão para algo diferente, como fundamento para alterações na norma, permitindo, possivelmente, em seguida, a legalização das adoções desempenhadas por casais homoafetivos. Procura-se revelar, que após maio de 2011 quando o STF decidiu quanto à admissão da família em meio a indivíduos do mesmo sexo e ampliou a estes as obrigações e direitos da união estável heterossexual, não existem empecilhos para que aconteça a adoção conjunta por esta espécie de entidade familiar. Mesmo com tanto preconceito e diversos problemas, compete aos operadores do Direito, a responsabilidade de recusar definições já determinadas para que se venha realizar justiça e amparar as pessoas que detém, sim, possibilidades de compor uma família, independente de sua orientação sexual, já que segundo restará evidenciado neste estudo, a questão determinante para a criação de um menor, para o caráter de uma pessoa, é o afeto. Para alcançar tais objetivos o procedimento metodológico empregado no presente trabalho resume-se a uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, utilizando fontes escritas, inclusive de fontes digitais que abordam o tema. O entendimento do Supremo no momento em que admitiu a união estável entre casais homoafetivos necessita ser o ponto inicial para transformação do julgamento social e essencial para favorecer os casais homossexuais que desejam adotam um menor, possibilitando também mais igualdade de direitos e obrigações quanto aos casais heterossexuais.

Palavras-chave: Homoafetivo; Adoção; Direito da Criança; Danos a Criança.

1 INTRODUÇÃO

A vontade de se possuir um filho é própria de cada indivíduo que objetiva a continuação de sua espécie. Ocorre que a pessoa, mulher ou homem, possuir um

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: derlarosanne-1@hotmail.com

direcionamento sexual diferente da entendida como “normal” para grande parte da coletividade, não restringe ou impossibilita sua vontade de ser mãe e pai.

O direito e a sociedade desenvolveram-se juntos na procura de colocar o ser humano no centro dos vínculos, e nesta direção, vem amparando modernos modos de se possuir um filho e de deixar descendentes, sendo uma desta a adoção.

Permite a adoção a complementação da entidade familiar para aqueles casais que, de algum modo, se encontram impossibilitados de possuírem filhos por meio de uma normal gestação e pelas formas normais, tanto em razão da ausência de possibilidades fisiológicas, físicas ou biológicas.

É em razão deste fato, que se sugere uma ponderação em relação a adoção conjunta por pares homoafetivos, tendo em vista que não há legislação que efetive esse desejo no ordenamento pátrio. Isso porque, constata-se que, especialmente depois da apreciação do STF em maio de 2011, admitindo o direito a união estável como modo de concretização da família homoafetiva, surge igualmente para tal entidade familiar outro direito de adotar uma criança de forma conjunta.

Ao dispor a respeito da adoção por casais homoafetivos é necessário admitir a possibilidade para modernos vínculos, para as relações sociais e para as formas familiares atuais. Além disso, sobretudo, se faz indispensável romper preconceitos, inúmeras vezes instigados por definições estigmatizantes, estabelecidos previamente pela respectiva psicologia. Contudo, já se verifica que não existe qualquer base teórica, psicológica ou científica sujeitando a orientação sexual como questão decisiva para a prática da parentalidade.

Constitui a heterossexualidade em um sinal dos vínculos entendidos como “normais” pela coletividade, consistindo em questão direcionadora da oposição ao reconhecimento da probabilidade de uma entidade familiar composta por pessoas de mesmo sexo capacitar-se para a adoção. Inúmeras imprecisões são levantadas quanto ao desenvolvimento psicológico e sadio da criança adotada nesta condição.

O direito de família moderno é necessariamente envolvido pela efetividade do ser humano, sendo o procedimento da conversação entre a psicanálise e o direito totalmente adequada para a resposta de conflitos, necessitando ser estimado pelos juízes, advogados, promotores e partes, assim como os operadores do direito como um todo, adaptando os julgamentos sempre direcionados para o desenvolvimento das entidades familiares.

A questão aqui oferecida detém enorme importância para o ordenamento brasileiro, tornando-se indispensável um vasto e merecido debate já que refere-se a princípios essenciais estabelecidos pela Carta Política de 1988. Aparece deste modo a motivação particular para pesquisa do tema, acabar com o preconceito e o tratamento distinto, procurando o vasto e geral emprego dos preceitos da dignidade da pessoa humana, da igualdade de tratamento e do consentimento da adoção com base no melhor interesse da criança.

O objetivo geral deste estudo é analisar como o direito da criança em uma adoção homoafetiva encontra-se sendo violada pelos prejuízos acarretados a esta pela não concessão da mesma. E como objetivos específicos avaliar o instituto da adoção, apreciar o aspecto histórico da homossexualidade e investigar a possibilidade da adoção homoafetiva.

O desenvolvimento da definição de família, ressaltado pela Constituição, revela com obviedade que o constituinte procurou apropriar o fenômeno jurídico ao desenvolvimento social. A questão consagrada neste estudo oferece especial valor acadêmico, por permitir o desenvolvimento jurídico, a competência de julgamento e a apreciação do emprego da norma em vigor, perante as pretensões sociais e aos direitos fundamentais protegidos pela Lex Maior.

2 A UNIÃO HOMOAFETIVA: ASPECTOS HISTÓRICOS

O sentido etimológico do termo “homossexualidade” é formado pela expressão grega *homo*, que significa semelhante, e por outra expressão sucedida do latim *sexus*, que expressa à assimilação da espécie feminina e masculina. Apareceu pela primeira vez, em 1890, em inglês, sendo empregada por Chaddock, que traduziu o livro de Krafft-Ebing, *Psicopata Sexual* (TAVALERA, 2004, p. 45).

Previamente, era utilizado o termo “inversão” com o intuito de categorizar a conduta homossexual. Tal designação abrangia todos os entendimentos examinados como corrompidos dos padrões predominantes da opção sexual. Eram empregados, no Brasil, as expressões “uranista”, “sodomita” e “somitigo”, para os homens, e para as mulheres “tribade”.

No ano de 1882, pela primeira vez o termo “invertido” fora utilizado por Magnan e Chacot, para designar uma possível atitude enferma na seleção sexual por indivíduos de sexo iguais e para representar o lógico panorama de desvirtuação

deste entendimento condenado por mulheres masculinizadas e por homens afeminados.

Diferente designação normalmente empregada para censurar o sexo entre semelhantes fora a expressão “perversão”. Sua natureza advém do termo latim *perverse*, que significa atuar diversamente, o que é diverso a ética. A respeito do instrumento ideológico de tal expressão, atualmente empregada, Costa (2002, p. 24) assegura que: “A perversão está no comportamento preconceituoso, totalitário e não na expressão das sexualidades minoritárias. Perversa é a imposição pela violência do modo de satisfação de um indivíduo sobre o outro”.

A ressalva feita por Costa (2002, p. 77) é a respeito da prioridade pela utilização do termo “homoerotismo”, ao contrário de “homossexualismo”, tendo em vista que:

Prefiro o termo homoerotismo a homossexualismo porque este último, além da conotação preconceituosa do senso comum, está excessivamente comprometido com a ideologia psiquiátrica que lhe deu origem. Fora isso, homossexualismo tem a desvantagem de ser uma noção teoricamente frouxa e clinicamente pobre. Sem meias palavras, é uma noção que, quando não atrapalha, também não ajuda. Homoerotismo, ao contrário, obriga-nos a rever o modo como pensamos no fenômeno da atração pelo mesmo sexo. Historicamente, a palavra foi empregada com sentido próprio, distinto de homossexualidade, por Ferenczi, em um dos melhores estudos sobre o tema produzidos pela literatura psicanalítica (Ferenczi, 1970).

Benkert, médico húngaro, no ano de 1869 remeteu uma mensagem ao Ministério da Justiça Alemã em proteção aos homossexuais que eram apoquentados por desaforos políticos. O médico, em tal mensagem, protegia a heterossexualidade como conduta natural, e diversamente, atípica o homossexualismo, contudo, concluía-se de suas pesquisas que tal conduta, de sexo e amor que ultrapassava o modelo vigente, era conatural e não obtido (COSTA, 2004, p. 22).

A finalidade clínica do médico seria assinalar o homossexualismo como uma enfermidade, demandando tratamento médico e não a insistência conduzida no período pelo nazismo que castigava com a morte os homossexuais. Por meio de seus estudos, que causou a inédita vistoria clínica para o homossexualismo, a medicina procura entender essa doença, mesmo que de uma forma moderna não é mais acatada idealizar qualquer contexto patológico a respeito da direção sexual.

Detém a OMS – Organização Mundial de Saúde, uma exposição mundial chamada de CID – Classificação Internacional das Doenças, sendo a mesma divulgada no ano de 1975, e nesta se encontrava o homossexualismo categorizado como diagnóstico psiquiátrico introduzido no conteúdo das doenças mentais, tendo como subtítulo os “desvios e transtornos sexuais”.

Em uma das suas recorrentes, a Organização divulgou uma circular que esclarecia que o homossexualismo não possuía mais base argumentativa como uma dificuldade psicológica, já que não haviam presságios que explicassem vê-lo como uma enfermidade. Com este fato, não fora mais considerado como uma doença mental o homossexualismo, para ser visto como um sintoma advindo de fatos psicológicos. Entretanto, em 1995, no momento da publicação da classificação nº 10, citações a homossexualidade não mais surgiram. Desta forma, não mais fora tratado o homossexualismo como uma enfermidade, modificando o seu nome para homossexualidade, já que o sufixo “dade” expressa a forma de atuar e de ser, e o “ismo”, quer dizer enfermidade.

Enfim, o termo que modernamente vem sendo empregado pela doutrina no campo jurídico seria a união homoafetiva. Termo elaborado por Dias (2001) e empregado inicialmente em seu livro “Uniões Homossexuais, o Preconceito e a Justiça”, para admitir o vínculo de indivíduos com o mesmo sexo, já que o entendimento moderno de todo o vínculo entre pessoas, tanto heterossexual quanto homossexual, encontra-se fundamentada no afeto, e não mais no vínculo sexual.

3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

A expressão adoção é derivada da palavra em latim “*adoptio*”, que denota em português, tornar uma pessoa seu filho (MACIEL, 2011, p. 259). A doutrina, no âmbito jurídico, vem determinando definições distintas para o instituto.

A adoção é conceituada por Pereira (2014, p. 392) como sendo “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

Já segundo Wald (2012, p. 269) a adoção seria irrealidade jurídica que elabora o parentesco civil, por meio de uma ação jurídica bilateral que acarreta vínculos de filiação e paternidade em meio aos indivíduos pelos quais este vínculo inexiste naturalmente.

Contrário a este entendimento, dispõe Gomes (2011, p. 369) que:

Adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta.

Por sua vez, compreende Rodrigues (2012, p. 380) que a adoção consiste no “ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.

Por mais distintas que sejam todas estas concepções, elas concentram para uma questão comum, que a adoção elabora uma relação jurídica de filiação, onde esta espécie de filiação é chamada de parentesco civil, formado pela legislação, já que a par de qualquer vínculo de consanguinidade, elabora uma moderna verdade jurídica e um outro vínculo de filiação.

Desta forma, abrange a adoção a filiação socioafetiva, fundamentada não na questão biológica, e sim na questão sociológica. De acordo com Dias (2011, p. 483), a adoção forma um parentesco selecionado, já que deriva unicamente de uma ação de vontade.

Não se deve retirar da adoção sua natureza volitiva e afetiva, já que constitui uma espécie de filiação edificada pelo amor, acarretando relação de parentesco eletivo. A respeito desta peculiaridade, argumenta Dias (2011, p. 484) que: “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”. Em tal julgamento, ressalta a autora que “o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas”

Argumentam Farias e Rosenvald (2011, p. 961) que a adoção constitui um sinal de afeto e do mais puro amor, com este entendimento, repulsam, o fingido entendimento do instituto como uma pura opção para as pessoas que não tiveram filho através da ferramenta biológica, como se constituíssem uma supressão para o problema da procriação pelo procedimento sexual.

Em relação a natureza jurídica da adoção, é importante destacar que a questão é assunto divergente em meio aos autores, especialmente pelos diferentes papéis desempenhados previa e após a Constituição Federal de 1988.

Cinco vertentes na doutrina são destacadas por Bardallo (apud MACIEL, 2011, p. 259) que são direcionadas a esclarecer a natureza jurídica do instituto. A primeira compreende que a adoção trata-se de uma “instituição”, a segunda entende que a ação seria um “ato jurídico”, a terceira esclarece que seria a adoção um “ato de natureza híbrida”, a quarta revela ser a adoção um “contrato”, e a última a define como sendo um “ato complexo”.

Em relação à natureza jurídica contestável do instituto em apreço, leciona Gonçalves (2010, p. 363) que:

No sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador.

No Código Civil revogado a adoção prevista possuía natureza contratual, sujeitava unicamente da demonstração de vontade dos envolvidos, em ação de direito privado, não existindo a intervenção do Poder Público. Sendo assim, por ser um contrato, demanda a adoção, ainda nos dias de hoje, a afluição de vontades, no entanto, os envolvidos não possuem ampla autonomia para o disciplinamento de suas consequências, necessitando, precisamente, concordar com o traçado já determinado na legislação. É deste fato que se verifica que constitui uma instituição de fundamento contratual, possuindo origem jurídica diferente, tendo em vista que as partes não possuem total liberdade, já que necessitarão ser verificadas as condições e demandas legais (GOMES, 2011, p. 373).

Acontece que a transformação de foco acarretada pela constitucionalização do direito civil, principalmente ao Direito de Família, igualmente cogitou na mudança da origem jurídica da adoção, sendo esta a concepção de Gonçalves (2010, p. 363):

A partir da Constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.619 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei n. 12.010, de 3-8-2009. O art. 227, § 5º, da Carta Magna, ao determinar que, “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, demonstra que a matéria refoge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública.

Diversamente do estabelecido pelo Código Civil de 1916 ao instituto, a adoção estatutária, não obstante a demonstração dos envolvidos sujeita-se a conferência do Estado, já que apenas se efetiva através de decisão judicial. Por tal motivo, possui-se modernamente que encontra-se separada a origem puramente contratual do instituto, já que existe acentuada pretensão pública, com a colaboração funcional do Poder Público na ação.

Segundo entendimento de Dias (2011, p. 484) “foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família”.

Por meio do surgimento das transformações da sociedade e leis acarretadas pela Carta Política de 88, enorme parcela da doutrina começou a entender a adoção como um ato complexo. Adotando esta vertente, Bordallo (apud MACIEL, 2011, p. 260) esclarece o seu entendimento:

Para a sua formalização, a adoção passará por dois momentos: o primeiro, de natureza negocial, onde haverá a manifestação das partes interessadas afirmando quererem a adoção; um segundo momento, onde haverá a intervenção do Estado, que verificará da conveniência, ou não, da adoção. O primeiro momento se dá na fase postulatória da adoção, enquanto que o segundo se dará ao fim da fase instrutória do processo judicial, com a prolação da sentença. Para que se consuma e se aperfeiçoe a adoção, se fará necessária a manifestação de vontade do adotante, do adotando e do Estado.

Igualmente compreendem que o instituto constitui um ato complexo, os autores Farias e Rosenvald (2011, p. 964), em razão da demanda de inúmeros períodos jurídicos para o seu aprimoramento, bem como da necessidade de demonstração da vontade pelo adotando e pela indispensabilidade de atribuição do Estado. É esta também a concepção de Silva Filho (2011, p. 64-65), que determina relação de filiação, esclarecendo que:

É ato jurídico porque promana inicialmente da vontade autônoma das pessoas envolvidas. No entanto, os seus efeitos jurídicos, com base em uma situação de fato – interesse em adotar e colocação da criança ou do adolescente em família substituta –, se produzem ex lege, “sem desconsideração de uma correspondente de resultado do agente”. Deve ser mencionado que nem sempre as vontades são convergentes, pois os pais do adotando ou seus responsáveis podem oferecer resistência, bem como o Ministério Público. Daí a complexidade do ato, que exige o concurso de várias vontades,

visando um fim comum, mediante um processo que culmina com a sentença constitutiva do vínculo paterno-filial.

Já Dias (2011, p. 483) argumenta sobre a vertente que compreende que a adoção seria um ato jurídico, dispondo que “o estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção – ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial”.

Por último, há também a vertente que compreende que a natureza jurídica da adoção é híbrida, como por exemplo, Lotufo (2012, 57), ao entender ser a adoção uma “figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituição, onde a vontade das partes, bem como o exercício dos seus direitos, encontra-se limitados pelos princípios de ordem pública”.

Diante do que fora demonstrado, independente da vertente consagrada, visualiza-se que o desejo convém como uma investida inicial ao desenvolvimento da solicitação de adoção, a aquiescência das partes e a decisão judicial constituem componentes formadores da composição da natureza jurídica do instituto da adoção.

4 A ADOÇÃO HOMOAFETIVA: NÃO HÁ MOTIVOS PARA IMPEDIMENTOS

As diversas transformações suportadas durante a história vêm aumentando o entendimento de família, sendo que estes modernos contornos familiares correspondem e inserem a monoparentalidade, os casais homoafetivos, a adoção e as recomposições, exemplificativamente. E, estes novos contornos não devem ser compreendidos como derivados de uma problemática na instituição família, e sim como um resultado das transformações na coletividade (CECCARELLI, 2007).

Por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se o princípio da dignidade humana e passou a família a possuir visibilidade e ser amparada com fundamento no desenvolvimento da pessoa e em sua felicidade. Em seu art. 266, § 7º, o legislador constituinte determinou o direito ao planejamento da família, fundamentado igualmente nos preceitos da paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana. Onde aquele pode ser definido como o dever que detém os pais de possibilitar a assistência moral, material, afetiva e intelectual de seus filhos.

Assegura Giddens (1993, p.173) que “essas transformações contribuíram para o surgimento de novas formas de relacionamentos, conjugalidade e parentalidade”. Deste modo, existe uma demanda das restrições e peculiaridades que envolvem um entendimento tradicional de uma composição fundamentada em um padrão de relação entre a mulher e o homem com intuito de procriação e transferência de patrimônio (MELLO, 2005).

Sendo assim, tornou-se a família um sistema livre e está em permanente mudança em razão da troca de dados que desempenha com os regimes fora da família, deste modo, desde que exista afeto e amor, as distintas formações humanas necessitam ser denominadas de família, possuindo a importância afetiva ao patrimônio e direitos essenciais de qualquer pessoa.

Nesta direção, possuir a família homoafetiva o direito de formar uma família com filhos, completa, fundamentada nas relações de afeto, com a possibilidade de dar continuidade a uma família que uma criança simboliza e, também, com maior segurança de admissão da sociedade para esta espécie de instituição familiar.

Verdadeiramente, evoluíram juntos o direito e a sociedade neste assunto de procriação da espécie, abrangendo modernos contornos de se possuir um filho ou de deixar descendentes, sendo uma delas a adoção.

No momento em que se vincula a homoafetividade e a adoção, necessita-se ter em destaque que os maiores pretensos e favorecidos seriam as crianças e adolescentes, tendo em vista que se precisa assegurar o convívio comunitário e familiar, e destacar a pretensão dos adotados e não a discriminação social (MELLO, 2010).

Não constitui um exercício fácil à adoção, bem como igualmente não é ter os próprios filhos biológicos. Todo o universo que alcança uma criança se encontra totalmente envolvido de inquietações e providências em relação à formação de sua identidade, amparo, encargos e cargo financeiro.

A expressão adoção, etimologicamente, advém do termo em latim *ad optare*, que expressa escolher, optar, ação de admissão legal como filho, assim como conceitua Figueiredo (2007, p. 28), ao dispor que:

[...] a inclusão em uma nova família, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio de filiação de uma criança/adolescente cujos pais morreram, são desconhecidos ou mesmo não podem ou não querem assumir suas funções parentais,

motivando a que a Autoridade Judiciária em processo regular lhes tenha decretado a perda do poder familiar.

Resumidamente, constitui a adoção em um ato solene de introdução de um menor em uma família substituta por causa do afeto. Possui como finalidade essencial beneficiar a introdução de um menor em uma entidade familiar, sendo esta a concepção das diretrizes modernas das Convenções de Direitos Internacionais da Criança.

Com isso, a finalidade da adoção é obter uma família para um menor e não um menor para um casal que não possui filhos, tendo em vista que objetiva a adoção assegurar a todo menor o direito ao convívio familiar sadio. Para isso, são imprescindíveis inicialmente a anulação das relações da criança com sua família de origem, a possibilidade e a vontade de uma pessoa ser mãe ou pai, conforme destaca Venosa (2010, p. 1484), quando relata que:

A adoção, na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento.

A divulgação da Lei nº. 12.010/2009, lei da adoção, inseriu mudanças no procedimento da adoção, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente e revogando o Código Civil naquilo que diz respeito a questão.

Contudo, não apresentou qualquer dispositivo ou mudança a respeito da probabilidade ou não da adoção por casais homoafetivos. A relação homoafetiva constitui um acontecimento que se estabelece na coletividade e não deve ser recusado ou esquecido pelo Poder Público, sendo que, em diversos países já é possível à adoção por homossexuais.

Deste modo, seguindo um julgamento sistemático do ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que o empecilho para a adoção de menores por pessoas do mesmo sexo encontra-se, unicamente, no preconceito.

No entanto, a jurisprudência pátria vem se desenvolvendo qualquer a questão. Onde a primeira deliberação a respeito da adoção por casais homoafetivos derivada de tribunais aconteceu no Rio Grande do Sul. Refere-se a uma situação onde a requerente convive em um relacionamento homossexual desde o ano de 1998, mas a sua convivente teria adotado legalmente o menor desde o seu

nascimento. Depois da efetivação de um estudo minucioso social da situação, a decisão foi de procedência da solicitação, determinando a adoção e estabelecendo a introdução do sobrenome da requerente nos menores, sem que se citassem os termos pai e mãe, adicionando também não existiria a justificação da situação paterna ou materna.

O órgão que deveria possuir maior inquietação com as condições da criança adotada, o Ministério Público do Estado do Rio Grande, apelou a decisão e não teve sucesso, encontrando-se a ementa disposta da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que a liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (TJRS, Apelação Cível n. 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator: Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006, publicado no DJ de 12/04/2006.)

Mesmo assim não conformado com a decisão, interpôs o órgão Recurso Especial, baseado no que dispõe o permissivo constitucional, nas alíneas “a” e “c”, afirmando diversidade com o que prevê o Código Civil de 2002, em seus artigos 1.622 e 1.723, a Lei nº. 9.278/96 em seu art. 1º, e a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 4º, não obstante dissídio pretoriano.

Contudo, de forma brilhante admitiu por unanimidade a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pela adoção dos menores pelo casal homoafetivo, conforme se constata a seguir:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES

DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o

nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido. (REsp 889852 (2006/0209137-4 - 10/08/2010))

Neste contexto, foi examinada a verdadeira condição dos menores e da família como um todo, onde se constatou por meio da multidisciplinariedade, que os menores residiam em um espaço harmonioso, ofereciam desenvolvimento claramente normal para sua idade, se encontrando totalmente associados à comunidade e a família.

Não obstante, debateu-se a questão de que o vazio no ordenamento, isto é, de não existir expressa determinação legal possibilitando a inserção, como adotante, da designação da convivente do mesmo sexo no registro de nascimento das crianças, não deve ser empecilho ao amparo, pelo Poder Público, dos direitos dos menores, direitos estes que, por sua vez, são garantidos de forma expressa por lei.

Dispõe a Lei nº. 12.010/09 em seu art. 1º que “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”, necessitando o destaque sempre encontrar-se direcionado a pretensão da criança e do adolescente, do mesmo modo que o ECA, em seu art. 7º garante que todo menor possui direito a proteção, a vida e a saúde, perante a concretização de políticas públicas sociais que possibilitem o desenvolvimento e nascimento harmonioso e sadio, em condições dignas de existência. Necessita-se, deste modo, dar preferência a todo menor

incapaz de residir com sua família de origem o convívio familiar, o direito de ser criado em um ambiente de uma família substituta.

O Supremo Tribunal de Justiça de um modo conveniente cita entendimentos de uma pesquisa realizada na Academia Americana de Pediatria, na Universidade de Valência e na Universidade de Virgínia, levando em conta o acatado e com importantes fundamentos científicos, a saber:

- ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir;
- nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social;
- o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino;
- os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”;
- as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta;
- não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais;
- educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais;
- a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto à criança cujos pais são heterossexuais (BRASIL, 2010).

Perante esta pesquisa, constata-se a interferência da psicanálise em seus julgamentos. “Há necessidade de que os profissionais, a partir dos parâmetros de sua especialidade, possam responder sobre o valor de sua intervenção junto à Justiça, desmistificando a visão de um trabalho de cunho estritamente pericial” (CRUZ, 2005, p.13).

Foram introduzidos no campo jurídico o serviço social e a psicologia por serem conhecimentos científicos, inclusive como provas no processo. o ato de tais profissionais foi entendido como um exercício pericial que tinha como finalidade componentes para ajudar em decisões da justiça. O órgão da justiça requisita que estes profissionais desempenhem pareceres, perícias, laudos, avaliações e diagnósticos para auxiliar os magistrados (PAIVA, 2005, p. 48).

Diferente peculiaridade jurídica que auxilia na possibilidade de adoção homoafetiva seria que no dispositivo 42, § 2º, a Lei de Adoção possibilita a adoção

conjunta, isso se os adotantes venham a ser casados civilmente ou possuam uma união estável, não limitando o sexo dos adotantes.

Desta forma, depois da importante deliberação realizada pelo STF em 5 de maio de 2011, que disciplinou de forma jurisdicional o vigor imediato do vínculo estável entre pessoas de mesmo sexo, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, atribuiu magnitude a determinação do Código Civil em seu art. 1.723 e admitindo legalmente como entidade familiar a união homoafetiva.

Através da sustentação da norma estabelecida pela Constituição em seu art. 5º, ao prever que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", que estabelece igualdade de direitos e obrigações em meio aos casais heteroafetivos e homoafetivos, resta claro a probabilidade jurídica de casais homoafetivos adotarem um menor, isso se conservarem uma relação estável, confirmarem a estabilidade da família, e preenchem as condições fundamentais estabelecidas na Lei de Adoção.

Contudo, é de total imprescindibilidade, a pesquisa psicossocial feita por uma equipe multidisciplinar no procedimento da adoção, no intuito de auxiliar o Ministério Público e o Poder Judiciário nas deliberações de capacitação para a adoção. Este exame anseia admitir e apreciar o conteúdo psicossocial dos demandantes e, acima de tudo, as razões e perspectivas dos mencionados no processo.

4.1 Os Danos para as Crianças pelo não Consentimento da Adoção por Pessoas do Mesmo Sexo

Modernamente, no momento em que um casal do mesmo sexo escolhe pela adoção e completa todas as condições, um dos dois necessita optar qual destes irá estabelecer a solicitação de maternidade ou paternidade do menor.

Contudo, depois da adoção, os dois acabam educando e criando, igualmente como ocorre com uma instituição familiar heterossexual. Deste modo, parece que a problemática da coletividade jurídica pátria se encontra em admitir a presença de familiar homoafetivas, ainda que após a sua admissão pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

Acontece que um menor ao ser adotado em guarda exclusiva apenas auferira direitos referentes ao genitor e genitora que possui sua guarda. Diante dos danos de

natureza patrimonial, como pensão e sucessão dentre outros, que serão ocasionados as crianças com a recusa na solicitação da adoção conjunta, destacasse o assunto moral e ético, já que a justiça não deve esquivar-se para a verdade dos fatos presente no mundo.

Por outro lado, se o convivente ou a convivente do adotante vier a morrer, a criança se encontrará legalmente desamparada de direitos sucessórios, ainda que existindo a admissão de um vínculo homoafetivo pelo STF. Essa ausência de amparo, não obstante ser danoso é incoerente com a norma brasileira, já que deixa de amparar direitos dos menores adotados nesse moderno modo de entidade familiar.

Essa mesma dificuldade se constata na situação de dissolução da relação homoafetiva, pela qual possivelmente um perderá qualquer direito de convivência com a criança pela absoluta falta de relação jurídica em meio a estes, o que será claramente danoso aos envolvidos, mas, especialmente para o adotado. Pensamento este igualmente é admissível em relação ao direito à prestação alimentícia.

Não sendo isso satisfatório, existem consequências práticas que não se sujeitam a ocasional morte ou dissolução da relação. Se for estabelecida a adoção, o menor pode ser introduzido no plano de saúde ou inclusive gozar dos direitos derivados de dependência jurídica na situação em que o adotante for um servidor público.

Certamente, o dano ainda mais amplo decorre do falecimento, já que no momento em que esta alcança o único adotante, dois fatos ruins podem ocorrer para o adotado, que seriam, por um lado, se o falecimento for do convivente sem relação jurídica de adoção com o menor, o mesmo se encontrará desprotegido quanto a sucessão, já que não herdará nada nem será favorecido com a pensão.

Falecendo o adotante, por outro lado, o menor se encontrará desprotegido, tendo em vista que o convivente não possuirá legalmente a sua guarda. Certo que estes casos podem ser judicialmente indagados, mas é incontroverso que apresentará inúmeras incertezas tanto durante a relação, quanto durante o processo judicial, já que pela falta de amparo legislativo, restarão os envolvidos a discricionariedade da função jurisdicional, que nem sempre se encontra direcionado ao desenvolvimento social.

Desta forma, resta claro que a não admissão conjunta da adoção por pessoas do mesmo sexo, viola o princípio do melhor interesse da criança, precisamente diverso ao que deseja a coletividade e ao que expõe a Lei de Adoção, incidindo em grave insegurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recusar a adoção a um indivíduo puramente em razão de esta ser vista como diferente dos modelos gerais pré-determinados pela coletividade constitui uma ação de discriminação. Veda a Constituição Federal pátria tal ação e dispõe, em seu dispositivo 3º, finalidades essenciais como a edificação de uma coletividade mais solidária e justa, assim como a elevação da comodidade de todos, sem discriminação de raça, cor, origem, idade e sexo e quais outras formas de preconceito.

Por outro lado, estabelecer uma solicitação de adoção por casais homoafetivos ou heterossexuais constitui uma ação de enorme responsabilidade, já que o fenômeno da adoção objetiva a prática de uma paternidade responsável juntamente com o melhor interesse da criança ou adolescente.

Da mesma forma que nem todos os heterossexuais se encontram aptos à adoção, existem igualmente casais homossexuais que não se encontraram. Desta forma, defende-se que as mesmas condições e solicitações sejam levadas em conta para os casais descritos, sempre apreciando as peculiaridades de cada situação, a probabilidade da prática de uma paternidade responsável e, especialmente, o melhor interesse da criança e do adolescente. Não deve ser empecilho a orientação sexual dos casais relacionados, tudo isto baseado no princípio da igualdade.

Dando prioridade com acuidade a apreciação dos adotantes como indivíduos concretos, por meio de uma equipe habilitada e qualificada, com ajuda psicológica antes e depois da adoção, colabora para proteger a segurança afetiva de pais e filhos durante o procedimento da adoção.

Sobretudo, a adoção constitui um ato de amor, já que admitir uma pessoa como se seu filho fosse sem qualquer relação consanguínea, destaca o mais intenso vínculo entre adotante e adotado, onde o afeto é revelado no carinho, nos cuidados e no amor, indispensáveis para o progresso sadio do mais novo componente da entidade familiar.

Segundo a psicanálise, o progresso de uma criança adotada por indivíduo com orientação sexual diversa da “normal” não intervém na sua personalidade sexual, bem como na existência de desvios ou distúrbios de comportamento, se equiparado a crianças que detém pais heterossexuais.

Diversamente, levando em conta que modernamente somente casais heterossexuais se encontram “capazes” de adotar, como esclarecer os problemas presentes aos adotados que, teoricamente, se encontrariam em uma entidade familiar mais apropriada socialmente?

Não há resposta para este questionamento, somente a confirmação de que a adoção homoafetiva não constitui condição para evolução de problemas psicológicos dos adotados. Contrariamente, pode inclusive possibilitar um aumento da admissão social desta moderna entidade familiar, já que a coletividade pode vir a conviver e admitir esta verdade.

Sendo assim, nas situações de adoção necessita-se levar em conta, inicialmente, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, permitindo-lhe a convivência em um ambiente onde se veja amado, acolhido e acatado suas necessidades sociais, biológicas e afetivas, mesmo que por homossexuais.

O entendimento do Supremo no momento em que admitiu a união estável entre casais homoafetivos necessita ser o ponto inicial para transformação do julgamento social e essencial para favorecer os casais homossexuais que desejam adotar um menor, possibilitando também mais igualdade de direitos e obrigações quanto aos casais heterossexuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. **Rio Grande do Sul**. Tribunal de Justiça. Adoção. Casal Formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Apelação Cível n. 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator: Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos. Diário da Justiça. Rio Grande do Sul 12 abril 2006.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 889852 (2006/0209137-4 - 10/08/2010) Relator : Ministro Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Novas configurações familiares: mitos e verdades. **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, v. 40, n. 72, p. 89-102, jun. 2007. Disponível em: <<http://ceccarelli.psc.br/artigos/portugues/html/confmitver.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

COSTA, Ronaldo Pamplona. **Os onze sexos** – as múltiplas faces da sexualidade humana. São Paulo: Gente, 2004.

COSTA, Jurandir Freire. **Politicamente correta**. In: Revista Teoria & Debate, n. 18, 2002.

CRUZ, Roberto Moraes; MACIEL, Saily Karolin; RAMIREZ, Dario Cunha. **O trabalho do psicólogo no campo jurídico**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

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

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2007.

GIDDENS, Antônio. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Ed. UNESP, 1993.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELLO, E. P. de. O princípio do melhor interesse da criança: a adoção por pares homoafetivos. 2010. Monografia (Curso de Especialização em Psicologia Jurídica) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.

MELLO, Luiz. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. **Cadernos Pagu**, n. 24, 197-225, jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100010&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 30 abr. 2015.

PAIVA, L. D. O psicólogo judiciário e as avaliações nos casos de adoção. In: SHINE, Sidney. **Avaliação psicológica e lei: adoção, vitimização, separação conjugal, dano psíquico e outros temas.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família,** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHILD RIGHTS IN ADOPTION HOMOAFETIVA

ABSTRACT

The purpose of this research paper is to raise a very modern question and awaken in every society a broader considerations about their prejudices and their distinct admission of competence, as a basis for changes in the standard, allowing possibly then the legalization of adoptions performed by homosexual couples. Wanted reveal that after May 2011 when the Supreme Court ruled on the Family admission amid same sex individuals and extended to these obligations and rights of heterosexual stable, there are no obstacles to what happens to joint adoption this kind of family unit. Even with so much prejudice and various problems, it is for law professionals, the responsibility to refuse certain definitions have to come to realize justice and support the people who hold, yes, possibilities of composing a family, regardless of sexual orientation, since seconds remain evident in this study, the question crucial to the creation of a smaller, for the character of a person, is the affection. To achieve these goals, the methodological procedure used in this work boils down to a literature and qualitative research using written sources, including digital sources that address. Understanding the Supreme at the time admitted the stable union between homosexual couples needs to be the starting point for transformation of social

judgment and essential to favor homosexual couples wishing to adopt a minor, also enabling more equal rights and obligations on heterosexual couples.

Keywords: Homoafetivo; Adoption; Rights of the Child; Damage Children.