



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Adoção por Homossexuais

Fernanda Steele da Fonseca

Rio de Janeiro

2010

FERNANDA STEELE DA FONSECA

A adoção por homossexuais

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^ª Mônica Areal

Prof. Walter Capanema

Rio de Janeiro

2010

A ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Fernanda Steele da Fonseca

Graduada pela Universidade Santa Úrsula

Resumo: O direito de família é responsável pela análise e codificação dos comportamentos travados no ambiente da célula familiar sendo imprescindível o reconhecimento da ocorrência de profundas transformações operadas no conceito de estrutura familiar e seus reflexos perante a sociedade. O presente trabalho tem por escopo abordar a possibilidade de efetivação da adoção aos homossexuais, por casal ou isoladamente a cada indivíduo e abordar o novo conceito de família. Para tanto será realizado cotejo analítico com os princípios máximos de proteção à criança e adolescente, dignidade da pessoa humana e oportunidade de vida saudável a fim de averiguar a efetiva licitude desta modalidade de adoção.

Palavras-chaves: Adoção, homossexuais, viabilidade.

Sumário: Introdução. 1. A família e sua transformação no Direito Civil; 2. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e direito à orientação sexual; 3. Homossexualismo – crime, doença, modo de ser e seus preconceitos; 4. Origem Histórica e sociológica da adoção; 5. Possibilidade de concessão de adoção em favor dos homossexuais; 6. Requisitos e critérios da lei pátria; 7. Posicionamento da jurisprudência acerca do tema; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A família se consagra como instituto jurídico que sofreu grande transformação ao longo dos séculos, desde uma concepção puramente patriarcal na qual a família girava em torno da figura paterna, cuja ausência enfraquecia a entidade familiar, até desaguar na atual situação em que a família é considerada como a união de laços afetivos entre indivíduos, de cunho sentimental, revestidos de solidariedade, sentimentalismo e intuito de preservação.

Com a evolução da sociedade, a mesma vem adotando uma postura favorável em relação às uniões homoafetivas, em respeito à liberdade de orientação sexual e aos princípios basilares de ordem constitucional que repudiam discriminações de qualquer espécie, uma vez que o Brasil, na qualidade de Estado Democrático de Direito, segue o primado da igualdade e respeito à diversidade, como forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a questão é interdisciplinar, uma vez que será imprescindível imiscuir-se no ramo do direito especial da criança e adolescente, já que a adoção é instituto francamente vocacionado ao atendimento das necessidades básicas deste grupo de indivíduos que, em função da idade, não possui condições estruturais de autodeterminação, surgindo a entidade familiar como suporte indispensável a permitir o desenvolvimento sadio da criança e adolescente.

Nesse diapasão, a discussão não se resume puramente ao conceito de família, já que a fonte obrigacional de amparo à criança e adolescente possui legislação especial regulamentadora, bem como está fincada em sede constitucional, o que reforça a abordagem da legitimidade para o cumprimento da obrigação de amparar a criança e o adolescente, no qual se relatará constituir dever constitucional destinado não só ao Estado como também à coletividade de indivíduos.

Ademais, trataremos da adoção que foi criada com o objetivo de proteger e amparar a criança ou adolescente, atuando como mecanismo de inserção familiar, pelo que abordar-se-á o espírito do legislador ao editar tais normas protetivas, inclusive a possibilidade de obstar a inserção da criança ou adolescente sob a mera justificativa da orientação sexual do adotante. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto será demonstrado.

Aliás, a questão será estudada ainda à luz da comunidade internacional, será analisado o que dizem os tratados e convenções internacionais que disciplinam direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles que têm por sujeito essencial a criança e o adolescente.

Logo, o presente trabalho será guiado, sobretudo, pelo interesse primário a qual pretende preservar o constituinte quando se refere à máxima proteção incidente sobre a criança ou adolescente, sua convivência sadia de forma a estimular produção intelectual e desenvolvimento de sua integridade física, preparando-a para futura inserção social na qualidade de cidadão preparado a exercer seus direitos e obrigações.

1. A FAMÍLIA E SUA TRANSFORMAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Classicamente, a família brasileira sempre foi considerada como o núcleo estruturado em torno de um laço afetivo, com o objetivo de convivência e desenvolvimento comum, cujos personagens principais, segundo a concepção clássica, são: o homem, a mulher e suas respectivas proles.

Todavia, no decorrer do desenvolvimento do moderno Estado Democrático de Direito, já sob a égide da Carta Constitucional de 1988, sofreu diversas transformações sociais, alterando

assim a concepção clássica de família e introduzindo diversos núcleos familiares, diminuindo a importância do homem na estrutura familiar, igualando os personagens que compõem a célula conhecida como família.

Nesse diapasão, surge a concepção de família derivada da união de pessoas do mesmo sexo, que possuem o objetivo de estruturar uma convivência harmônica, unidos pelo interesse comum de manutenção afetiva, baseada em relações sexuais e de companherismo.

Assim é que a trajetória comum de uma célula familiar, ou ao menos a esperada, é que se encontre estruturada a fim de possibilitar a geração e manutenção de uma prole, de maneira a dar continuidade a estrutura familiar.

No entanto, a receptividade do ordenamento jurídico aos novos núcleos familiares certamente faz com que a prole seja aquela concebida como a manutenção, criação e educação de indivíduos, para inserção na sociedade, ainda que não tenha havido concepção da criança pela própria entidade familiar.

Exatamente nesse ambiente que o instituto da adoção é elevado a um patamar superior, de importância, ganhando vulto e aplicabilidade cada vez mais constante na sociedade, sobretudo levando-se em consideração que o interesse do menor deve se sobrepujar a questão de cunho pessoal que possam conduzir ao moralismo desmedido e estagnador.

Assim, o Egrégio Tribunal de Justiça já pacifica entendimento no sentido de reconhecer e proteger estas novas células familiares, conforme o julgamento do agravo de instrumento que entendeu pela possibilidade de reconhecimento de união homoafetiva e de recebimento da correspondente pensão por morte. (Enézio Silva, 2005, p.23)

Consagrada, portanto, a alteração do conceito de célula familiar pela doutrina e jurisprudência, passar-se-á a esclarecer os reflexos da evolução jurídico quando se trata de adoção.

2. PRÍNCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE, IGUALDADE E DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL.

A Constituição Federal de 1988, promulgada após um período nefasto de supressão dos direitos e garantias fundamentais, tem exacerbada preocupação com o indivíduo, deslocando a pessoa para o eixo central da estrutura constitucional, privilegiando a vida, a liberdade, a honra e a integridade física e moral como fatores materializadores da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana passa a ser o epicentro do direito constitucional, com carga axiológica maior, critério aferidor de efetividade e respeitabilidade aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, a igualdade entre os indivíduos e a liberdade de orientação sexual constituem bandeiras erguidas sob a proteção do primado da dignidade da pessoa humana, que serve como critério determinante para averiguação da valorização do ser humano como núcleo central da qual se incumbe a Carta Cidadã de 1988, que lhe confere proteção, amparo e assistência.

Assim, quando se trata de família composta por indivíduos do mesmo sexo, o direito que confere reconhecimento e proteção também a este núcleo trata de possibilitar o exercício de

diversos direitos a este seletivo grupo de particulares, sempre na esteira da igualdade e máxima eficácia da dignidade da pessoa humana.

Por esse motivo, permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo não se trata tão somente de igualar a aplicabilidade da lei, ou de ajustar com eficiência a norma ao caso em exame, mas sim de verdadeira conferência plena de eficácia ao princípio norteador do direito constitucional moderno, denominado de dignidade da pessoa humana, condutor de um Estado Democrático de Direito, que prima pela tutela das liberdades e preservação da vida sadia e adequada do cidadão.(Enézio Silva, 2005, p.38)

3. HOMOSSEXUALISMO – CRIME, DOENÇA, MODO DE SER E SEUS PRECONCEITOS.

A homossexualidade é tema de discussão recorrente tanto nas ciências humanas como nas ciências médicas, objeto de diversos tabus, preconceitos e até mesmo incentivador de diversas ações humanas tendentes a afastar e discriminar esse determinado grupo de indivíduos da sociedade, como se fosse tal ato necessário a extirpar ou afastar um núcleo de degeneração e doença da sociedade.

O homossexualismo surge na Grécia antiga como amplamente difundido, sendo aceito com teor de normalidade, já que os Gregos acreditavam que a troca de experiência sexual entre homens se traduzia numa maneira de reunir energia e agregar conhecimentos.

A relação homossexual passou a ser encarada de maneira radicalmente diversa na Idade Média, época do domínio da Igreja Católica sobre governos, cultura e pensamento. Não há indício de verdadeira homofobia na história desde Roma dos Césares, senão a surgida mais tarde, com o advento do cristianismo, herdeiro de conceitos do judaísmo.(Enézio Silva , 2005, p.41).

Estudos realizados em laboratórios norte-americanos tendo como cobaias ratos e seres humanos, ambas fêmeas, receberam hormônio masculino – testosterona – ainda em fase intra-uterina e constatou-se que, desde a primeira fase de vida, eles tinham comportamentos, gostos, brincadeiras, acentuadamente masculinos, além de sentirem atraídos por fêmeas.

Outra tese geneticista, desenvolvida no Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos da América, sustentou que o homossexualismo possuiria determinação genética. Apesar da sociedade norte-americana não ter dado muita credibilidade a tal teoria, uma corrente defensora afirmava que se os genes transmitem as características hereditárias e contêm “instruções” para a fabricação das substâncias que fazem os organismos atuarem, da mesma forma poderiam lançar a probabilidade de homossexuais, ainda que não assumidos, tivessem filhos igualmente homossexuais. Infere-se que tal tese coloca o homossexualismo não como opção ou estilo de vida, mas como resultado de variação genética.

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal. Essa circunstância é por demais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre

ambas, com consequências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos. (Enézio Silva , 2005, p.61)

4. ORIGEM HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA DA ADOÇÃO.

A adoção foi conhecida nas antigas civilizações como o Egito, a Babilônia, a Caldea e a Palestina. Passagens bíblicas relatam casos de adoção de Moisés pela filha do Faraó e de Ester, que foi filha adotiva conforme se extrai do velho testamento. Naquela idade obscura entre os séculos XI e XII, antes de nossa era, mencionam-se nos poemas homéricos alguns casos de adoção. Assim, no Canto IX da Ilíada, o ancião ginete Félix, chefe da embaixada de Aquileu, recorda ao filho de Peleu e descendente de Zeus, que quando abandonado pelo pai, o tomou a seu cuidado.(Luiz Figueiredo, 2005, p.45).

Em Roma, a adoção propriamente dita, segundo a qual um *alieni juris* se coloca sob o pátrio poder de um *sui juris*, operava-se pela autoridade do magistrado, sendo necessário: 1) fazer cessar o pátrio poder do pai natural; 2) colocar o filho debaixo do pátrio poder do pai adotivo. Aplicava-se a disposição da Lei das XII Tábuas, que declarava extinto o pátrio poder, se o pai emancipasse o filho por três vezes. Por meio da emancipação, o pai colocava o filho sob o *mancipium* do adotante. Com Justiniano caíram as formas primitivas, simplificando-se a adoção notavelmente. Passou a consumir-se por simples declaração das partes perante o magistrado.

Exigia-se diferença de idade de 18 anos e, na ad-rogação, impunha-se que o adotante tivesse 60 anos. As mulheres não podiam adotar porque nunca tinham o pátrio poder. Sob Deocleciano, abriu-se exceção, permitindo a adoção a uma mãe que tivesse perdido os filhos. Posteriormente, repetiram-se essas concessões, mas o adotado simplesmente adquiria direitos à

sucessão da mãe adotiva. O adotante devia ser capaz de gerar filhos, donde os castrados e os impúberes não podiam adotar, uma vez que o instituto seguia o princípio da *adotio imitatur natura*. Negava-se a adoção a quem tinha filhos, legítimos ou naturais, fundando-se as proibições na própria razão de ser do instituto, que era propiciar filhos a quem não os tinha. Era mister o consentimento do adotado. Na ad-rogação requeria-se vontade expressa, na adoção bastava que não houvesse manifestação de vontade em contrário. Os tutores e curadores não podiam adotar tutelados e curatelados, nem tampouco o pobre podia adotar o rico. A adoção não podia ser por tempo determinado, pois implicaria na violação da máxima de que ela imita a natureza.

Depois da Revolução Francesa, como ato jurídico que estabelece entre duas ou mais pessoas um parentesco civil de efeitos análogos aos da filiação legítima, passa a adoção a ser admitida por quase todas as legislações.

Finalmente, no direito brasileiro, a adoção não foi sistematizada no direito anterior ao Código Civil, mas este veio de acolhê-la, disciplinando-a no Livro I (Do Direito de Família), Capítulo V, arts. 368 a 378).

Foi com a promulgação da Lei 3.133, de 8 de maio de 1957, que houve a alteração a primitiva redação dos arts. 368, 369, 372, 374 e 377 do Código Civil de 1916, reduzindo a idade mínima para adotar de 50 para 30 anos, e baixando o limite mínimo de diferença de idade entre adotantes e adotados de 18 para 16 anos.

No regime do Código Civil, o parentesco resultante da adoção ficou restrito às partes (art. 376), com exceção dos impedimentos matrimoniais, já que o art. 183, III e V, do referido diploma legal, proíbe o casamento entre o adotante e o cônjuge do adotado, entre o adotado e o cônjuge do adotante e entre o adotado e os filhos supervenientes à adoção e, por extensão, entre os adotados e os filhos já existentes.

Finalmente, o art. 377, como outros de caráter discriminatório, hoje revogado pelo art. 227, parágrafo 6º da Constituição de 1988, introdutor do princípio da isonomia de direitos entre os filhos de qualquer natureza, refletia situação profundamente injusta com o adotado, da mesma forma que o art. 1605, par. 2., do referido diploma legal. Referiam-se eles ao direito sucessório, dizendo o 377 que, se o adotante já tiver filhos, nada herdará dele. O art. 1605, em seu parágrafo 2º, estabeleceu que, se o filho adotivo concorrer a sucessão, com filhos supervenientes à adoção, terá direito somente à metade da herança que a estes couber.

Em 1965, com o advento da Lei n. 4.665, de 2 de julho, surge a legitimação adotiva, marco na legislação brasileira. Segundo ANTÔNIO CHAVES, o novo instituto, que veio para ficar, teria a tendência de suplantiar em utilização a adoção usual. Como bem enfatizou OSMAR GAMA BEM KAUS consumou-se a profecia, porque, ainda que de nome alterado, tal modalidade de adoção permanece até hoje na legislação brasileira, sob a denominação de adoção plena (LUIZ FIGUEIREDO, 2005, pág. 15).

5. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ADOÇÃO EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS.

A Constituição Federal não faz nenhuma objeção para que homossexuais se habilitem à adoção no Brasil. No Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - não há qualquer restrição à possibilidade de adoção por homossexuais, sequer fazendo menção à orientação sexual do adotante. De acordo com o artigo 42 da referida Lei: "podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil".

Mas os homossexuais, normalmente, não são beneficiados pela isonomia das leis e muitos têm o direito de adotar cerceado por causa de suas orientações sexuais.

Na verdade, o Poder Judiciário reproduz em suas decisões o preconceito existente na sociedade e o não reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo contribui para fortalecer tal dificuldade, mas, mesmo assim, é cada vez maior o número de homossexuais que se candidatam como pais ou mães adotivos.

Enézio de Deus Silva Junior, pesquisador jurídico de família e autor do livro "A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais", avalia que o homossexual brasileiro ainda é dependente em grande medida do grau de sensibilidade e do nível de conhecimento do magistrado sobre a homossexualidade.(2005, pág 20)

Ele observa que existem juízes e promotores sensíveis ao direito de gays e lésbicas que desejam adotar, mas por outro lado, os integrantes do Poder Judiciário aparecem como os mais contrários à possibilidade de adoção por homossexuais.

Outra questão levantada é a de que existe a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo somente para assuntos patrimoniais ou previdenciários e por isso muitos casais recorrem à adoção registrada em nome de apenas um dos parceiros, o que além de manter essas uniões na "marginalidade legal", restringe alguns direitos do adotado.

As crianças adotadas por ambos os companheiros teriam direitos a uma série de benefícios que não acessariam sendo adotadas por somente um dos conviventes, como por exemplo, direito ao patrimônio dos dois pais ou mães; direito a pleitear alimentos, caso a relação venha a se romper; direito a dupla assistência médico-hospitalar, dentre tantos outros.

Por outro lado são inúmeros os argumentos utilizados para indeferir a adoção por casais homossexuais. O principal deles baseia-se em uma possível falta de referência comportamental que a criança venha a sentir no futuro e, como consequência, desordem psicológica.

Silene Hirata, revela que são muitos os casos de gays e lésbicas interessados em adotar uma criança, mas lamenta que "muitos dos membros julgadores (dos processos de adoção) reproduzem o preconceito que existe na sociedade". "A primeira objeção é o temor de que (a criança) também poderia vir a ser homossexual, mas sabemos que a questão da sexualidade dos genitores não influencia na orientação sexual da pessoa que está sendo adotada", observa Hirata.

Os opositores à possibilidade de adoção por homossexuais sustentam, inicialmente, que existe vedação legal ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou viverem em união estável (artigo 1.622, do Código Civil Brasileiro). Simultaneamente, nenhuma norma pátria, constitucional ou infraconstitucional, alberga o reconhecimento jurídico da união homossexual como forma de entidade familiar”.

Prosseguem, acrescentando que a doutrina brasileira entende que a adoção deve imitar a família biológica, o que inviabilizaria a adoção por casais do mesmo sexo e que o artigo 47, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, no assento de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pais, o que pressupõe a diversidade de sexo do casal adotante.

Aduzem que a criança adotada por homossexuais seria discriminada socialmente, o que lhe poderia acarretar perturbações de ordem psíquica, que tenderiam também a homossexualidade e, os mais radicais, afirmam serem os homossexuais pessoas promíscuas e emocionalmente desequilibradas, não possuindo condições de educar adequadamente uma criança.

Ao contrario das alegações acima mencionadas, deve-se ter em mente que o Direito nasce dos fatos sociais, que, com lei ou sem ela, acabam por se insignificantes. Nesse sentido, o parecer defende Maria Berenice Dias: “Não é possível excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção – garantido a todo cidadão – face à sua preferência sexual, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.”

Pelo exposto, verifica-se a possibilidade jurídica, não apenas de igualar a união homossexual afetiva sólida à união estável entre um homem e uma mulher, como também de viabilizar o pedido de adoção a dois homossexuais, desde que preenchidos todos os requisitos e exigências legais, mormente o que estabelece levar-se em conta o efetivo benefício que os futuros pais poderão oferecer ao adotando.

No que se refere à impossibilidade de adoção por casais do mesmo sexo em virtude de que ela deveria imitar a família biológica, o argumento se nos afigura por demais simplista. Primeiro, porque essa obrigatoriedade não está expressamente disposta em nenhuma lei, e, onde a norma não limita, não cabe ao intérprete fazê-lo, pois se trata de matéria restritiva de direitos.

Conforme sustenta Maria Berenice Dias na fundamentação de seu voto no recurso de Apelação n. 70013801592, a Constituição Federal, ao estabelecer a igualdade de filiação em seu artigo 227, parágrafo 6º, não levou em conta a verdade biológica, mas também uma escolha pela filiação afetiva. “O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes”.

Outro obstáculo apontado para a adoção por homossexuais seria a constituição do vínculo legal de filiação entre o adotando e dois pais ou duas mães, tendo em vista o disposto no artigo 47, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que pressuporia a diversidade de sexo

do casal adotante. A esse respeito, reflita-se sobre o pensamento de Enézio Silva (2005, p.42) “Isto pode chocar o costume, porém, não o ordenamento jurídico pátrio. Devendo espelhar a filiação, a certidão de nascimento terá de contemplar os nomes dos pais do mesmo sexo, refletindo a realidade sócio-afetiva no qual a criança ou adolescente estará inserida, através da adoção.” A Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos – de exigências meramente formais, nela, não se encontra óbice sobre que o registro indique, como pais, duas pessoas de idêntico sexo. O ECA a tal respeito, apenas prevê, no art. 47, que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão’. O parágrafo 1º do mesmo artigo, outrossim, não discrimina, com base no sexo biológico: ‘a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes’”.

A última crítica que pretendemos analisar sobre o tema em debate diz respeito a considerar os homossexuais como pessoas promíscuas e emocionalmente desequilibradas, não possuindo, portanto, condições de educar adequadamente uma criança. A relação entre a homossexualidade e a promiscuidade parte de pessoas desinformadas e preconceituosas, não tendo nenhuma base científica.

A promiscuidade, caracterizada por ele como “um nível de intenso desequilíbrio emocional, que determina um conflito na área sexual”, está presente em qualquer grupo de pessoas, independentemente de sua opção sexual: “É um mito histórico esta vinculação entre homossexualidade, doença e desequilíbrio emocional. Em qualquer população teremos sempre um grupo de pessoas que apresentam algum tipo de desequilíbrio emocional, seja ele grave (os psicóticos) ou leve e moderado (os neuróticos). Estatisticamente estes desequilíbrios irão variar entre 2% a 5% da população geral [pesquisa da Associação Americana de Psiquiatria],

dependendo do diagnóstico. Existem desequilibrados homos e héteros independente da orientação sexual”.

Vale dizer, portanto, que o equilíbrio harmônico do ambiente familiar nada tem a ver com a orientação sexual dos adotantes, salvo pelo preconceituoso olhar de parte da sociedade, que, desprezando quaisquer estudos científicos, identifica a homossexualidade como um distúrbio psicológico, ou, pior, como uma perversão.

6 – REQUISITOS DA ADOÇÃO E CRITÉRIOS DA LEI PÁTRIA

O Código Civil, em seus artigos 1.618 a 1.629, e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069/90, em seus artigos 39 a 52, traz os requisitos indispensáveis ao processo de adoção, bem como os efeitos deste.

A adoção não é deferida a qualquer pessoa que tenha interesse nela, é necessário o respeito a algumas formalidades, alguns requisitos e razoáveis medidas de prevenção e segurança, para resguardar, em especial, o direito da criança e do adolescente, visto ser este processo muito delicado para ambas as partes (adotante/adotado).

O primeiro e mais importante requisito da adoção é a idade mínima para adotar. O ECA estabelece 21 anos como idade mínima para tornar-se adotante, entretanto, ainda determina outro requisito a ser obedecido; a diferença de idade entre o adotante e o adotado deve ser de pelo menos, 16 anos. O CC/02, conserva a necessidade de que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado, mas, reduz o limite de idade mínima do adotante para 18 anos.

Em relação ao estado civil do pretense adotante, a lei não faz distinção. Assim, podem adotar os solteiros, independente do sexo, os casados, os divorciados, desde que o estágio de convivência com a criança tenha se iniciado durante o casamento e que estejam de acordo quanto à guarda e às visitas, ou quem vive em união estável, comprovada a estabilidade familiar, sendo que, nesse caso, a adoção deverá ser pretendida e solicitada por ambos, e estes participarão juntos de todas as etapas do processo.

Ainda pode ocorrer de um dos cônjuges ou concubinos adotar o filho do outro, na chamada adoção unilateral, do tutor ou curador da criança ou do adolescente, adotá-lo, desde que encerrada e quitada a administração dos bens, ou ainda, o pretendente que tenha falecido durante o processo de adoção, na chamada adoção póstuma.

A adoção pressupõe um processo judicial que tramitará perante o Juizado Especial da Infância e da Juventude. Por essa razão, o vínculo da adoção constitui-se por sentença, a qual será inscrita no Registro Civil.

Diante disso, o primeiro passo para que se adote uma criança é dirigir-se ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de sua cidade e solicitar uma entrevista com os técnicos para obter as informações preliminares necessárias à formalização do seu pedido de inscrição em programa de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Após essa etapa, os interessados em adotar serão submetidos a uma entrevista com psicólogos e assistentes sociais, na qual poderão escolher o perfil de seu futuro filho, ou seja, idade, sexo, cor, entre outros.

A aprovação dos adotantes é a etapa mais demorada do processo, em especial porque o bem estar da criança ou adolescente adotado deve ser confirmado. Somente depois de esclarecidas todas as dúvidas dos técnicos do Juizado e do Promotor se manifestar sobre a

habilitação é que, finalmente, o processo seguirá para o Juiz que, encontrando-o satisfatoriamente instruído, poderá deferir ou não a habilitação dos adotantes. Deferida, estarão em condições de adotar e passarão a integrar um cadastro de possíveis adotantes.

A concretização do processo de adoção ocorrerá com sentença constitutiva. No entanto, antes disso é necessário que se cumpra um estágio de convivência entre adotante e adotado por prazo fixado pelo juiz, que levará sempre em consideração cada caso concreto. Entretanto, esse prazo poderá ser dispensado, no caso de a criança ou adolescente, de qualquer idade, já estar na companhia do adotante por tempo suficiente, ou ainda, quando a criança possuir idade inferior a um ano.

Os efeitos da sentença que concede a adoção só serão produzidos a partir do trânsito em julgado da mesma, com exceção da chamada adoção póstuma, que é aquela em que o adotante morre no decurso do processo de adoção. Nesse caso, os efeitos da sentença serão retroativas à data do óbito, conforme entendimento do art. 1.628 do Código Civil de 2002, que repete o art. 47 § 6º do ECA.

O principal efeito está na irrevogabilidade, ou seja, findo o processo de adoção, a criança nunca mais deixará de ser filho do adotante.

A sentença de adoção atribui a condição de filho ao adotado, inclusive para efeitos sucessórios, com os mesmos direitos e deveres, dos filhos consangüíneos. Assegura-se ao adotado o direito a alimentos e os deveres de assistência aos pais adotivos. A partir de então se encerra todo e qualquer vínculo do adotado com sua família natural, exceto no que se refere aos impedimentos matrimoniais que neste caso existirão tanto em relação à família biológica quanto a família adotiva.

A Constituição Federal de 1988 representou um grande marco de inovações no direito de família, um grande passo jurídico, pois consubstanciou vários princípios que fundamentam as relações familiares, adotando uma nova ordem de valores e principalmente privilegiando a dignidade da pessoa humana.

Logo, quando preconiza que um de seus princípios fundamentais é a proibição a qualquer tipo de discriminação, percebe-se que a tese de que o homoafetivo tem direito à adoção não é afastada, pois a Carta Magna não a discriminou.

Apesar disso, o tema "adoção de crianças por casais homoafetivos", é um assunto extremamente delicado e muito discutido atualmente e, como a legislação ainda não está adequada para a devida proteção desses casos em particular, os juízes precisam analisar o caso em concreto para dar sua posição, pensando sempre no melhor desfecho para a criança.

No direito brasileiro a convivência entre pessoas do mesmo sexo não possui regulamentação legal, mas alguns projetos de lei que tratam do assunto já foram apresentados à votação. Entre eles podemos citar o Projeto de Lei nº 1.151/95, que recebeu o nome de "Projeto de Parceria Civil Registrada entre pessoas do mesmo sexo", apresentado à Câmara dos Deputados pela ex - deputada federal Martha Suplicy.

O referido Projeto foi considerado um marco na sociedade quanto à discussão a cerca da homoafetividade no país e, conforme sua própria justificativa, não tem o objetivo de dar às parcerias homoafetivas um status igual ao do casamento, mas sim, conceder amparo às pessoas que firmem esse tipo de parceria, priorizando a garantia dos direitos de cidadania.

No tocante à adoção de crianças por casais homoafetivos, a legislação vigente, em especial a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente, não apresenta restrições, pois não coloca entre os requisitos do referido instituto, a opção sexual do adotante.

O Projeto de Lei nº 2.285 de 2007, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro do PT da Bahia e elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Famílias (IBDFam), que recebe o nome de Estatuto das Famílias, tramita desde outubro de 2007 no Congresso e propõe a revisão e uma grande reforma em todo o sistema jurídico brasileiro sobre a família.

Se aprovado, o referido projeto tornará legítima todas as formas de famílias conjugais e parentais, incluídas as constituídas não só pelo casamento, mas também, pela união estável tanto entre homens e mulheres como por pessoas do mesmo sexo.

Assim, os casais homoafetivos, que tenham convivência pública, duradoura e com objetivo de constituir família, passarão a ter os mesmos direitos reconhecidos dos casais heterossexuais que vivam em união estável. Tendo, dessa forma, direito sucessório, previdenciário, de adotar, de ter a guarda e a convivência dos filhos. É dever da sociedade e do Estado promover o respeito à diversidade de orientação sexual.

Em relação à adoção, os casais homoafetivos passam a poder adotar, bem como pessoas que tenham relação puramente de amizade, sem burocracia nem maiores complicações. Só não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Em 20 de agosto de 2008 foi aprovado pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.222/05 que se propõem a alterar alguns dispositivos da Lei 8096/90 – ECA. O referido Projeto apresenta uma série de novidades que visam desburocratizar e acelerar o processo de adoção no Brasil, instituindo o chamado cadastro nacional unificado das crianças que podem ser adotadas e também das famílias consideradas aptas pela Justiça para a adoção.

Foi aprovado em forma de Emenda do Deputado João Matos do PMDB de Santa Catarina, por esse motivo, devido às alterações sofridas, o Projeto retornará ao Senado antes de seguir à sanção do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Em relação à permissão da adoção por casal homoafetivo, no projeto inicial do decreto, ela era explícita, exigindo apenas a comprovação da estabilidade da convivência, mesma exigência feita aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

No entanto, o novo texto aprovado pelos deputados, retirou essa possibilidade com a justificativa de que a união civil entre homoafetivos ainda não é formalmente reconhecida no Brasil.

Diante disso, a ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais), divulgou nota de repúdio ao Projeto de Lei nº 6222/05, tendo em vista que já há no Brasil um número considerável de adoções já formalizadas por casais homoafetivos, baseadas nos preceitos constitucionais da igualdade e da não discriminação.

7 . POSICIONAMENTO DA JURISPRUDENCIA ACERCA DO TEMA

O assunto só começou a ser enfrentado abertamente pela Justiça brasileira na década de 90, quando o titular da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aprovou as primeiras adoções por homossexuais solteiros.

A adoção por homossexuais ainda é vista com muito preconceito pela maioria das pessoas. Por esse motivo, o que acaba acontecendo na prática é que um dos parceiros adota a criança, como solteiro, e passa a conviver com ela juntamente com seu companheiro. Essa prática, por ser a mais viável, tem sido a mais utilizada.

Em 1997, o Desembargador Siro Darlan de Oliveira, à época Juiz da 1ª. Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, deferiu a primeira adoção para homossexual naquele Estado, entendendo não poder haver preconceito no momento de garantir a uma criança abandonada o direito de uma segunda família. Um ano depois, a 9ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu, na Apelação Cível 1998.001.14332, que a afirmação de homossexualidade do adotante, preferência pessoal constitucionalmente garantida, não pode por si só servir de empecilho à adoção de menor.

No entanto, em 2006, em uma decisão inovadora, o Juiz Júlio César Spoladore Domingos, na cidade de Cantaduva, interior de São Paulo, aceitou que dois homens, convivendo há mais de dez anos, entrassem, em 2004, para a fila de espera de pais adotivos, pedido que lhes fora negado originalmente no ano de 1998. Como fundamento para a aceitação, orientou-se pelo artigo 3º, parágrafo único, da Resolução n. 01/99, do Conselho Regional de Psicologia que, estabelecendo normas de atuação para seus filiados em relação à orientação sexual humana, proíbe qualquer tipo de discriminação com relação à homossexualidade, confirmando que “esta não se trata de doença, distúrbio ou perversão”. Nesse caso o Ministério Público não recorreu da decisão, confirmando que o posicionamento do judiciário vem mudando em relação a essa parcela da sociedade, levando os ativistas a acreditarem que a manifestação do tribunal abriu um precedente e serviu de estímulo para que outros casais em mesma situação façam o mesmo. A decisão, definitiva, saiu no final de junho de 2005, seguindo o trâmite jurídico necessário à adoção por qualquer casal, incluindo visitas de um psicólogo, de uma assistente social e de um promotor.

Em Recife, o Juizado da Infância e da Juventude proferiu sentença favorável ao pedido de adoção de duas irmãs feito por um casal homoafetivo masculino que vive em Natal no Rio Grande do Norte.

No Estado do Acre, a Juíza de Direito Luana Cláudia de Albuquerque Campos, depois de analisar o processo, e verificar que o casal cumpria com todos os procedimentos legais necessários, deferiu sentença favorável à adoção de uma criança de um ano de idade.

A Justiça de Brasília também vem dando sentença favorável a casais homoafetivos, em relação à adoção de crianças. Jussara Soares Duarte de 38 anos de idade, e Ana Maria Baldanza Coelho de 44 anos, receberam a chancela da Justiça, que considerou procedente o pedido de estender a Jussara a guarda da filha biológica e do filho adotivo da companheira.

CONCLUSÃO

O conceito de família mudou. Foi-se o tempo que as famílias eram encabeçadas por um pai e por uma mãe. Atualmente cresce a quantidade de famílias com as mais diversas composições: uma mãe apenas, um pai, madrasta, padrasto, dois pais, duas mães ou outra série de possibilidade.

A partir dessa constatação é abrir-se para um novo horizonte de conjugalidade e parentalidade. Os espaços de convivência e de aprendizado precisam se atualizar. Valores sobre a constituição da constituição da família passam por revisões e mostram que o mundo se abre para aceitar toda a diversidade de gêneros sociais. È aceitando e respeitando as diferenças que podemos afirmar frases comuns como “direitos iguais para todos”.

Diante do exposto, percebemos que diante da valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não poderá haver qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se, dessa forma

qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo, não se podendo admitir, portanto, desrespeito ou prejuízo em função da sua orientação sexual.

A sociedade passa por mudanças e cabe ao direito acompanhá-las, sendo constantemente atualizado. Enquanto isso não ocorre, e ainda não existam leis protegendo a união homoafetiva, deve o juiz basear-se na analogia, costumes e princípios gerais do direito, sempre resolvendo a questão dentro dos preceitos constitucionais e buscando, no caso da adoção, o melhor interesse da criança e do adolescente, pois adotar vai muito além da orientação sexual de quem deseja fazê-la.

REFERÊNCIAS:

- DIAS, Maria Berenice. *A família homoafetiva e seus direitos*. Revista do Advogado. p.103-121.
- DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a Homoafetividade* – 1ª edição. Porto Alegre Livraria do Advogado Ltda, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006. p. 176
- FIGUEREDO. Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais* – 1ª edição – 5ª Tiragem Curitiba. Editora Juruá, 2005
- GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto* – A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JUNIOR, Enézio de Deus Silva. *A possibilidade jurídica da Adoção* – 1ª edição. Curitiba. Editora Juruá, 2005.
- TORRES, Aimberê Francisco. *Adoção nas Relações Homoparentais* – 1ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2009.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *A Homofobia e o Direito*. Revista Jurídica Consulex. P. 18 – 19, 2004.

JURISPRUDENCIA:

BRASIL, Agravo de Instrumento N°0065011-59.2009.8.19.0000; 17ª Câmara Cível; Relator: Des. Elton Paes DOU 02.02.2010, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

SITES:

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*: Publicada no Diário Oficial da União n.º 191-A, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm> Acesso em: 01.03.2010

DIAS, Maria Berenice. *Adoção por Homossexuais*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>> Acesso em 2009/2010.

DIAS, Maria Berenice. *Filiação homoafetiva*. Disponível em: <http://www.berenedias.com.br/site/content.php?cont_id=387&isPopUp=true> Acesso em: 2009.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva será lei*. Disponível em: <http://www.berenedias.com.br/site/content.php?cont_id=60&isPopUp=true> Acesso em: 24.10.2008.