



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Adoção Homoafetiva

Maira Coelho Abreu

Rio de Janeiro
2011

MAIRA COELHO ABREU

Adoção Homoafetiva

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. Kátia Silva

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2011

ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Maira Coelho Abreu

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes – Centro - RJ.

Resumo: A adoção como ato sublime de amor existe desde a Antiguidade e a união homoafetiva também. A discriminação não pode servir de óbice para que pares homossexuais adotem crianças ou adolescentes que necessitam de um lar. A concepção de um novo direito de família pautado principalmente no Princípio da Afetividade se mostra como um antídoto apto a derrubar “pré-conceitos”.

Palavras-chaves: Direito Civil. Casamento. Família. Adoção Homoafetiva.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos Gerais sobre a adoção. 2. Do processo de adoção no Brasil. 3. A relação homoafetiva e a possibilidade de adoção. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O enfoque deste trabalho é demonstrar a viabilidade da adoção homoafetiva narrando a evolução histórica do instituto da família e da adoção em si.

Ao longo da exposição deseja-se fazer um breve estudo dos modelos de família abordando as mudanças ocorridas. Também é foco do presente artigo analisar a evolução do instituto da adoção no Brasil, seus problemas e as novas possibilidades trazidas pela Lei n.

12010/09, como também a análise da evolução jurisprudencial diante da lacuna de referência legislativa acerca da adoção homoafetiva.

1.O HOMOSSEXUALISMO E SUAS DIVERSAS FORMAS DE PRECONCEITO

O homossexualismo nem sempre esteve ligado ao preconceito. Nos primórdios esse não estava à margem da sociedade, pelo contrário, era hábito comum. Existem relatos de que na antiguidade os gregos vivenciavam tal experiência sem, contudo, serem marginalizados, pois fazia parte da continuidade do aprendizado de alguns meninos. Em Roma, a homossexualidade encontrava certas regras e, embora não fosse imposta a ninguém, era muito comum.

Todo esse contexto de liberdade fora drasticamente modificado com o surgimento do catolicismo. No final do século XVIII, o homossexualismo era visto como o oposto à criação divina, um monstro que deveria ser combatido a qualquer custo. Isso porque o sexo era imposto tão somente para a procriação e o não atendimento a essa regra básica impingia aos transgressores as mais diversas penas, inclusive a de morte.

Outras duras penas também lhes eram aplicadas, tanto física como morais, para que esses transgressores não se desvirtuassem do que a Igreja pregava ser a conduta correta e compatível com o divino.

A época em que a Igreja Católica mais impiedosamente combateu os homoafetivos se deu durante a Santa Inquisição que classificou como crime o homossexualismo, através do III Concílio de Latrão, de 1179.

De fato, as religiões como um todo sempre rejeitaram os homoafetivos o que lhes impunham uma reclusão natural, além de sempre tentarem esconder a sua condição.

Ainda que a Igreja tenha sido a mais ferrenha perseguidora não foi só por ela que os homoafetivos foram atacados. Durante a Alemanha nazista, houve verdadeiro genocídio, pois

acreditavam que o homossexualismo estava intrinsecamente ligado ao fascismo. Hitler em seu discurso de 11 de novembro de 1936 afirmava sobre o perigo racial-biológico da homossexualidade pregando a morte como solução adequada. Nos campos de concentração, os homossexuais eram obrigados a usar um triângulo rosa em seus uniformes como marca ostensiva de seu “desvio”. Esses foram tão perseguidos quanto os judeus, foram castrados e morreram em massa nos campos de concentração como forma de reafirmar a pureza da raça, evitando a procriação dos chamados impuros que viriam a contaminar as futuras gerações de alemães nazistas.

A imposição de tratamentos psiquiátricos se consubstanciou em uma realidade que hoje foi espancada devido à maior clareza que a sociedade médica passou a tratar o tema. O tratamento espiritual também foi utilizado em larga escala, pois chegaram a associar as obsessões maléficas e manifestações diabólicas que deveriam ser combatidas através de curas mediúnicas.

Num caminho semelhante ao da Alemanha nazista, algumas teorias psicológicas vigentes na época passaram a privilegiar o entendimento de que a homossexualidade era uma doença mental. Diversos métodos psiquiátricos de cura da "perversão" foram sugeridos, incluindo a castração, a terapia de choque e a lobotomia. Nenhuma dessas técnicas, no entanto, teve o efeito pretendido. Sigmund Freud contribuiu para que a idéia se transformasse e para a revisão das teorias psicológicas vigentes na época

A homossexualidade foi, e ainda é, vista como crime em diversos países, principalmente nos países africanos tais como Angola, Nigéria e Moçambique que preveem penas de até dez anos de reclusão além da pena de morte.

Nos países islâmicos como Arábia Saudita e Afeganistão a pena de morte ainda é utilizada, pois o Alcorão, texto central do Islão, proíbe tal conduta. Nestes países a religião possui forte influência sobre a legislação civil onde não ocorreu até então, a separação entre

Estado e Igreja e dessa forma, a discriminação religiosa se estende a discriminação civil do Estado que os deixa à margem das garantias estatais.

Atualmente, nos Estados Unidos, não é permitido aos homossexuais se alistarem em cargos militares, o que já foi alvo de diversas manifestações e alguns filmes. Tal proibição só empurra esses à clandestinidade, apesar de servirem à pátria, pois escondem sua condição sexual.

Apesar do preconceito muitos homossexuais foram expoentes da genialidade tais como Marcel Proust e a escritora Virginia Woolf.

A sociedade pouco a pouco evoluiu. Hoje esse preconceito vem diminuindo gradualmente, as religiões passaram a ser mais tolerantes, o Estado como um todo também. Mas isso se deu somente após anos de luta e combate ao preconceito.

A intolerância foi se arrefecendo desde o final do século passado onde os próprios homossexuais passaram a se assumir deixando de se ocultar e se tornando pouco a pouco mais ativos e vistos na sociedade. Hoje lutam pela igualdade de direitos em todas as áreas e já conseguiram avanço significativo, como no casamento e na legislação previdenciária.

Os direitos previdenciários do companheiro homossexual no Brasil obtiveram grandes avanços na primeira década do século XXI, especialmente a partir do momento em que o INSS foi obrigado pela Justiça Federal a reconhecer administrativamente alguns direitos previdenciários em todo o território nacional.

Além da pensão por morte o Estado reconhece também a extensão das garantias dos planos de saúde públicos ou privados para os dependentes que convivam em união estável.

O casamento gay vem sendo aceito em muitos países. A Holanda foi precursora deste movimento e em abril de 2001, foi o primeiro país a autorizar o casamento civil de pessoas do mesmo sexo proporcionando os mesmos direitos e deveres entre os cônjuges homo e heterossexuais.

A Argentina tornou-se em 2010, o primeiro país da América Latina e o décimo no mundo a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo em nível nacional sancionando uma lei que legaliza o casamento homossexual.

Atualmente de acordo com mais de 70% dos psiquiatras americanos, a “opção sexual” não é uma opção e sim uma condição, portanto não há tratamento e nem cura visto não ser uma doença. Os especialistas indicam que não se trata de um desvio mental tampouco doença, mas sim de um fator genético que os inclinam a terem atração por pares do mesmo sexo.

Os homossexuais não têm um estilo de vida mais perigoso que o dos heterossexuais, como chegou-se a acreditar, tampouco merecem tratamento diferenciado, o que lhes é devido é um tratamento justo e humanizado, que deve ser estendido a todo cidadão e não somente as ditas maiorias.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

Os mais diversos registros históricos apontam ser a família uma entidade concebida como pai, mãe e filhos. Esta era a concepção básica e instintiva que se reconhecia em tempos pretéritos. Diversas civilizações viveram sob essa afirmação vivenciando essa família restrita anunciada principalmente pela Bíblia.

Era a conhecida família patriarcal donde o patriarca, que lhes deu nome à espécie do gênero família, era a figura central e para quem todos se voltavam. A autoridade que esse exercia era incontestável sendo a mulher apenas uma coadjuvante.

Em Roma, a família era estabelecida sobre o princípio da autoridade e todos a ela se submetiam. O *pater* era chefe político, sacerdote e juiz ao mesmo tempo. Esse liderava, oficiava o culto dos deuses domésticos e espalhava justiça. Exercia sobre os filhos direito de

vida e de morte, o que lhe permitia impingir castigos corporais, vendê-los, e por derradeiro, tirar-lhes a vida, se fosse preciso.

Inúmeros são os relatos de pais que mandavam matar principalmente suas filhas mulheres para servirem de exemplo de sua autoridade. Santa Bárbara foi morta por seu pai, após ter sido torturada, pois não desejava se casar com os pretendentes que este queria.

De início a religião dominava todas as esferas de liberdade individuais, incluindo o núcleo familiar também. Sobre esse era imposto uma conduta que deveria ser seguida rigidamente e as uniões eram tidas como resultado da escolha divina. Assim, os hábitos, o modo de se comportar, de se vestir e de se relacionar, deveriam ser aprovados pela Igreja sob pena de exclusão da sociedade.

Com a laicização do Estado, há alguns séculos, a conjuntura vigente passou a se modificar e o distanciamento entre o Estado e a Igreja proporcionou o surgimento de novas estruturas familiares.

Pelo Código Civil Brasileiro de 1916, a família era constituída tão-somente pelo casamento. O legislador via no casamento a única forma de entidade familiar. Diante dessa restrição, os casais que não podiam ter filhos e optavam pela adoção eram sempre marginalizados. Além disso, os filhos havidos fora do casamento eram considerados bastardos e tinham direitos sucessórios restritos.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, ao lado do casamento, trouxe o reconhecimento da União Estável e da Família Monoparental.

Outro vértice da nova ordem jurídica que ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade foram os movimentos sociais que impulsionaram a liberdade da mulher dando nova leitura ao conceito de família.

A Revolução Industrial foi um marco no papel da mulher e como consequência na visão de família. Essa teve início no século XVIII, na Inglaterra, com a mecanização dos sistemas de produção e introduziu a mulher no mercado de trabalho.

Com o trabalho fora de casa e a crescente expansão urbana, veio a emancipação, e, novas responsabilidades e lutas com ela. Apesar do inicial preconceito que a mulher sofreu, sua independência financeira deu azo a diversas conquistas inclusive a liberdade sentimental. A sociedade começou a sofrer uma gradual evolução.

Um exemplo dessa evolução é a aceitação e a proliferação das chamadas plurifamílias. Família pluriparentais ou plurifamílias são as entidades familiares que decorrem de uma reconstrução marital, onde casamento atual passou a agregar os filhos de casamentos anteriores, seja só do homem, só da mulher ou de ambos. Assim, as uniões anteriores estão sempre em convívio sem qualquer traço de discriminação ou diferenciação.

A família anaparental também é uma realidade. Essa consiste originalmente na entidade familiar composta por irmãos que se uniram após o abandono familiar em que o primogênito por vezes assumia o papel de pai e mãe sobre os outros. Essa se constitui basicamente entre parentes quando não há a presença dos pais. O termo anaparental vem da origem, indicativo de “falta”, “privação”, ou seja, se caracteriza pela família sem a presença dos pais. Pode ser concebida também pela união de tios e sobrinho ou primos dentro do contexto da pluriparentalidade.

Há ainda, a título de ilustração, a família eudomonista. Essa enfatiza primordialmente a busca da realização pessoal, ou seja, a permissão da busca individual do ser pela sua própria felicidade. Essa também encontra respaldo legal visto que a busca pela felicidade se trata de direito universalmente consagrado.

Os Tribunais Superiores atualmente já se posicionam no sentido de admitirem as mais diversas espécies de família hoje existentes, afinal o Poder Judiciário tende a estar em alerta para dar o suporte jurídico necessário para acompanhar a evolução social.

Aos poucos, a autoridade do *paterfamilias* foi sendo substituída. O conceito atual de autoridade parental se traduz mais em um dever do que em um poder diante da filiação. O déspota foi substituído por aquele a quem se deve sobretudo aprender e amar.

A família hoje, portanto, não é mais vista como a união de um homem e uma mulher que tem por objetivo a procriação. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, além da liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento, operaram verdadeira transformação nesse instituto.

Atualmente, a afetividade é a base fundadora das relações familiares. É ela quem fundamenta as novas famílias e o seu reconhecimento perante o Judiciário. O núcleo se expandiu, e a família agora é feita de tios e tias, irmãos de vários casamentos, adotados, havidos ou não dentro do casamento, todos unidos pelo elo do afeto.

3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO NORTEADOR DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

O princípio da afetividade deve ser entendido como um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana disposto no artigo 1º, III, da CRFB. A afetividade pode ser entendida como o laço amoroso que une aqueles que são afins.

Ainda que a Carta Magna não indique expressamente a presença da palavra afeto, isso não significa que excluiu o seu reconhecimento da proteção que o legislador originário visou

a ofertar como direito fundamental. Em diversas passagens do texto constitucional o legislador trouxe essa proteção, como por exemplo, no fato de reconhecer a união estável como entidade familiar, dando-lhe blindagem jurídica. Tal reconhecimento significa que o casamento não é única via para que exista afeto entre duas pessoas.

Através de um raciocínio lógico interpretativo, há de perceber que se o rol de direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º da Constituição se refere a uma obrigação que o Estado se impõe para com os cidadãos como forma de proporcionar a dignidade, imperioso é notar que o afeto está intrinsecamente ligado a essa dignidade que o próprio Estado oferta como direito fundamental.

Alguns artigos na Constituição Federal expressam bem o que deve ser compreendido como afetividade, ainda que de forma implícita, são eles o artigo 227, §6º, que impõe a igualdade de todos os filhos independentemente da origem, o artigo 227, § 5º e 6º que informa a adoção como escolha pessoal na qual o adotado possui direitos iguais ao do filho biológico e ainda o artigo 226, §4º que reconhece a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos e por derradeiro o artigo 227, que adota o direito à convivência familiar como prioridade inafastável da criança e do adolescente.

Adentrando o Código Civil verifica-se que este deu tímido tratamento às evoluções sociais. O legislador positivo teve excelente oportunidade de ofertar à sociedade e retirar das mãos do Judiciário a dificuldade contramajoritária que esse possui diante da inércia do legislador, quando se vê frente às questões sociais que devem ser resolvidas ainda que em se tratando do direito de minorias.

O Código Civil de 2002 deixou de prever situações já que há muito eram esperadas pela sociedade tais como instituição da guarda compartilhada, a filiação

sócioafetiva, e as relações entre pessoas do mesmo sexo. Por derradeiro, deixou de normatizar as entidades familiares monoparentais que já tinham sido inclusive reconhecidas pela Carta Magna.

Além dessas omissões, também foi cometido um certo retrocesso, na medida que o Código Civil atual deu tratamento diferenciado ao direito sucessório entre entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, visto que a Constituição não estabeleceu qualquer hierarquia entre estas.

Contudo, apesar dos deslizes legislativos, não se pode esquecer de apontar que o artigo 1.584, parágrafo único, foi extremamente feliz ao utilizar-se da palavra afetividade como tangenciadora de uma situação na qual o magistrado deverá considerar tal aspecto ao decidir a quem caberá a guarda do menor.

Como consequência do princípio da afetividade surgiu a Teoria do Desamor. Essa por sua vez é entendida como a quebra da afetividade apta a gerar ato ilícito compensável economicamente na medida em que impinge sofrimento imenso àquele abandonado afetivamente.

Desta forma, infere-se, pois, que a evolução do conceito de família abrangeu não somente a questão legislativa como também ganhou novo significado perante a sociedade principalmente com o afloramento da afetividade que embasa agora inclusive a legislação pátria e as decisões judiciais, dando relevância jurídica ao afeto.

A jurisprudência vem em passos firmes caminhando nessa direção, ao afirmar ser o princípio da afetividade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento da afetividade como primado do direito das famílias já vem sendo difundido em diversos Estados entre eles o Rio Grande do Sul que sempre se mostra pioneiro nessas questões.

4. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO ADOÇÃO NO BRASIL

Inicialmente a adoção surgiu com intuito de que se proporcionassem filhos a um casal que não tivesse condições biológicas de ter a sua própria prole. Nesse contexto a adoção atendia tão somente o interesse dos adotantes e não do adotado. Posteriormente, a adoção foi revista e passou a se pensar na criança em si, em suas necessidades e em sua própria condição de abandono.

A primeira e mais conhecida forma de adoção era aquela que acontecia na “roda dos expostos” que surgiu por volta do século XVI na Europa. As mães abandonavam seus filhos, notadamente aqueles que eram rejeitados pelo pai ou fruto de algum relacionamento proibido, nas portas dos mosteiros em uma roda de madeira construída especialmente para este fim. A Igreja sensibilizada com o abandono dos recém nascidos inventou esse engenho para que as mães pudessem deixar seus filhos de forma anônima e assim conseguiram salvar da morte certa aquelas crianças que outrora eram expostas ao rigoroso inverno europeu.

Antes do Código Civil de 1916, eram várias as possibilidades de adoção permitidas uma vez que o instituto em comento não vinha sistematizado. Neste somente podiam adotar os maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou legitimados, o que dificultava em muito a efetivação da adoção.

No ano de 1927 adveio o primeiro Código de Menores do Brasil, cuja contribuição foi quase nula na medida em que só deu ênfase à institucionalização como forma de proteção à criança. Os orfanatos passam a ser procurados com o intuito de se conseguir crianças para serem utilizadas infelizmente como empregados de alguns mesquinhos adotantes.

Com a promulgação da Lei 3.133/57, adoção ganhou meios jurídicos para proporcionar uma melhor condição ao adotado, ou seja, foram previstos cuidados específicos com o fito de que o adotando tivesse mais responsabilidades com o adotado. Exemplo disso

foi a idade mínima para a adoção que passou a ser 30 anos, a diferença de idade entre adotante e adotado passou a ser 16 anos, os casados só poderiam adotar após 05 anos de casados, tendo ou não filhos legítimos

Após esse primeiro momento, o menor passou a ser visto como alguém que vivenciava uma situação de abandono afetivo e que precisava de um lar para ser educado e crescer de forma sadia como qualquer outra criança.

Nesse diapasão, dividem-se portanto a “adoção clássica”, cujo objetivo é possuir descendentes e perpetuar o clã familiar, e a “adoção moderna”, cuja finalidade é garantir às crianças o direito de serem criadas em uma família. A adoção é uma ficção jurídica na qual se tenta criar para a criança uma situação familiar, que, por algum motivo, tenha sido desprovida. Essa é entendida modernamente como uma tentativa de se oferecer à criança a possibilidade de estabelecer laços afetivos próximos com aqueles a quem ela estabeleça uma relação familiar.

Em 13 de julho de 1990 foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. Esse, por sua vez, passou a impor que todas as adoções fossem plenas e não mais restritas a certos direitos e condições ganhando desta forma um tom de igualdade entre o adotado e os demais filhos do casal.

O Estatuto em comento adveio de um grande movimento social e é atualmente uma das leis mais avançadas no mundo referentes às crianças e aos adolescentes. Esse dispense grande atenção à criança e afirma em seu art. 43 que a adoção será deferida quando representar reais vantagens para o adotando. Todas as adoções de crianças e adolescentes serão regidas pelo ECA (0 a 18 anos ou maior, se já estiver, na data do pedido, na guarda dos requerentes, conforme art. 40) e as de pessoas maiores de 18 anos será regido pelo Código Civil.

O ECA passou a prever o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente que considera esses como o alvo maior da lei cujo escopo é ser mero instrumento para suprir os anseios daqueles. A criança e o adolescente passaram a ser considerados como sujeitos de direito, contrariamente ao Código de Menores que os considerava como objetos de direito.

Assim, ente os vários direitos elencados na Lei n.º 8.069/90, o direito fundamental da criança ou adolescente é o de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou adotiva. Essa adoção é de caráter permanente e irrevogável donde os filhos serão todos tratados em iguais condições de direito.

Atualmente, portanto, não somente pelo ECA bem como pela interpretação da Constituição vigente, somente serão adotados as crianças e adolescentes que de fato necessitarem de um lar e que essa medida consista em uma real vantagem para estas.

O Código Civil de 2002 não revogou a Lei 8069/90, pois esta última se consubstancia como microsistema jurídico apto a amparar as crianças e os adolescentes e deve ser aplicada no que não conflitar com aquele. À guisa de exemplo, deve ser aplicada a regra da maioridade contida no Código Civil que aponta como maior aquele que completa 18 anos estando apto a todos os atos da vida civil, ao reverso do ECA que menciona como 21 anos de idade para a se atingir a maioridade.

Na atual conjuntura jurídica, é possível que haja a adoção unilateral, onde 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.

Por derradeiro, deve-se registrar uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002, que diz respeito a necessidade do contraditório na adoção, com sentença judicial, tornando-a, após o trânsito em julgado, em regra, irrevogável. Assim põe-se termo ao antigo procedimento previsto no Código de 1916 que permitia que a adoção se desse por escritura pública e, depois de certo tempo, mormente após o adotado atingir a maioridade, fosse revogada.

5. A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS

Pode-se afirmar que a possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos está baseada não só nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana bem como nos princípios da proteção integral, do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

A Constituição consagra, em seu artigo 227, o princípio da proteção integral, atribuindo ao Estado, à família e à sociedade o dever de assegurar a crianças e adolescentes, além de outros, o direito ao respeito, à dignidade, à liberdade, à igualdade.

Decorre também do artigo acima citado, o princípio do melhor interesse da criança, reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em diversos dispositivos, destacando-se o artigo 43 no que tange ao instituto da adoção.

Há vários questionamentos no sentido de que a colocação uma criança ou adolescente numa família formada por pares homoafetivos poderia causar prejuízos psíquicos a esses.

O medo preconceituoso de que os homoafetivos cometam abusos sexuais, ou ainda o receio que o menor seja influenciado pelo comportamento homossexual de seus pais é um dos maiores temores.

Há ainda o argumento de que essas crianças correriam maiores riscos de terem problemas no desenvolvimento psicossocial.

Contudo, o receio acima apontado não encontra nenhum respaldo científico e nenhum apoio em pesquisas sérias feitas para este fim. Uma conclusão natural a que se chega é que se a orientação sexual dos pais influenciasse diretamente a dos filhos, nenhum homossexual poderia ter sido concebido e educado dentro de um modelo heterossexual de família

Faz-se mister ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como requisito para a concessão da adoção, um tempo de convivência, entre adotante e adotado. Neste período haverá um acompanhamento e um estudo social por equipe especializada cuja colocação de criança ou adolescente em família substituta só se dará à pessoa que revele condições para tanto.

Desta forma, diante das condições legais impostas pela legislação específica, tudo leva a crer que uma criança ou adolescente não será colocada no seio de uma família que lhe cause prejuízos ou não lhe assegure um ambiente familiar adequado.

O princípio da convivência familiar está consagrado no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta. Esse princípio guarda estrita relação com o instituto da adoção, pois esta é uma das modalidades de colocação da criança ou do adolescente em família substituta.

No que tange à possibilidade jurídica do pedido de adoção por homoafetivos a resposta há de ser positiva consubstanciada em dois argumentos distintos porém ligados entre si. O primeiro advém de uma brecha na legislação, ou seja, não há qualquer vedação expressa feita pelo legislador. O outro se apóia na inexistência de vedação pela ordem infraconstitucional pautando-se na observância do princípio da isonomia.

Um último argumento desta vez não jurídico, mas sim sociológico vem a respaldar ainda mais a possibilidade da adoção. Os abrigos brasileiros encontram-se abarrotados com crianças e adolescentes sonhadores de um lar amoroso que lhes posso confortar. A própria morosidade do processo de adoção já é em si em entrave ao incentivo a adoção. Ademais os resquícios preconceituosos dos filhos adotados, tidos por uma via “não natural” ainda assombra alguns pretendentes.

Por toda análise da evolução da aceitação do homossexuais no Brasil e no mundo tudo leva a crer que a criança não venha mais a ser alvo do preconceito. Além disso, há de se afastar de uma vez por todas a ideia de que um lar sadio é tão somente aquele em que o amor se dá entre pares do mesmo sexo.

Não há nenhuma pesquisa científica que embase qualquer teoria oposta, ao reverso, muitas crianças que se desenvolvem em lares homoafetivos são mais tolerantes à diferença e compreensivas e adaptáveis.

6. A VISÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

De forma tímida, a jurisprudência vem se mostrando favorável à ideia da adoção por homoafetivos até chegar ao posicionamento atual.

A primeira adoção aceita fora dos padrões outrora estabelecidos se deu em 1990 com a aprovação de adoção por homossexuais solteiros pela 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Deve-se ressaltar que nesta época um casal homoafetivo para ter a guarda de uma criança só poderia realizar seu intento nos moldes individuais, ou seja, cada um adotando separadamente o menor escolhido. Desta forma, tornava-se possível a adoção pelos pais homoafetivos que desejavam, assim como os casais heterossexuais, ter uma família. Muitos dos pais adotivos sequer exprimiam sua condição sexual, apresentando-se tão somente como mulheres ou homens solteiros.

Assim, que muitos conseguiram adotar, sem ter que revelar sua condição sexual como se tal fato fosse ainda enorme empecilho ao direito igualitário do tratamento sem distinção de raça, cor, e orientação sexual.

Não se pode falar em evolução jurisprudencial sem citar a decisão do Exm^o Desembargador Siro Darlan de Oliveira que, atuando como juiz da 1^a. Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro deferiu a primeira adoção para um homossexual neste Estado. Para ele, não era concebível que o preconceito se impusesse a ponto de renegar um lar afetivo a uma criança necessitada

No ano de 2006, no interior de São Paulo, o Juiz Júlio César Spoladore Domingos, em decisão, aceitou que dois homens, que viviam como marido e mulher há mais de dez anos, ingressassem na lista de espera que os lares adotivos possuem, após terem o mesmo pedido negado em 1998.

Embasando sua decisão, o magistrado apontou o artigo 3^o, 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, afirmando que “esta não se trata de doença, distúrbio ou perversão”. Surpreendentemente, na época, o membro do Parquet responsável pelo caso decidiu não recorrer da decisão, o que já anunciava a mudança de posicionamento que estava por vir.

Como corolário de todo o movimento social que pugnava pela não discriminação frente à sociedade moderna, seus anseios e características, abraçando também a ideia do melhor interesse do menor, pautado na premente necessidade de lares afetuosos a crianças carentes, e em consonância com os brados dos novos tempos, finalmente houve um posicionamento inquestionável dos Tribunais Superiores.

A 4^a Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp. n^o 889.852 – RS, reconheceu por unanimidade a adoção de crianças por um casal homossexual de Bagé. Neste julgado se discutia se pessoas do mesmo sexo que conviviam em união estável poderiam adotar uma criança. No caso em tela, a questão dizia respeito à possibilidade de adoção de

crianças por parte de autora que vivia em união homoafetiva com uma companheira, essa, oportuno dizer, que antes já tinha adotado as crianças. Ou seja, pretendia-se estender a adoção para a outra companheira que desejava ver seu nome registrado como mãe da criança adotada além de proporcioná-la a extensão dos benefícios que possuía.

Na apreciação do caso o ministro relator assim declarou:

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.

Continuando sua análise do caso o relator cita, o artigo 1º da Lei 12.010/09, que prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Dentre as inúmeras legislações apontadas algumas merecem destaque entre as quais o artigo 43 do ECA, que estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos" e o artigo 3º, IV, da CRFB que se traduz como cláusula constitucional que proíbe a discriminação.

No mesmo Recurso o Ilustre Relator ainda discorre sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que em seu texto nos informa no artigo 5º que: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Assim resta futuramente a criação de legislação pautada na decisão supracitada que venha a se amoldar pacificamente com a jurisprudência atual que, por sua vez, apenas apontou como uma situação de não retorno as garantias de escolha pautadas na liberdade e livre arbítrio de cada um.

CONCLUSÃO

O Direito consiste em uma ciência que na qual se verifica constante mutação para acompanhar as próprias mudanças que ocorrem no bojo da sociedade. Desta forma, a

viabilidade jurídica da adoção feita por casais homossexuais é uma realidade atualmente inquestionável frente aos princípios constitucionais bem como aos novos princípios abraçados pelo Direito de Família.

Certo é que a discussão havida sobre a possibilidade ou não de permitir a adoção por homoafetivos, possibilitou um despertar na sociedade de uma maior consciência acerca da necessidade de buscar um lar àqueles que passam anos, alguns a vida inteira, em busca de uma família.

Contudo a atual conscientização se deu após muito preconceito. A evolução histórica do instituto da família aos poucos apontou que a estigmatização dos homoafetivos deveria ser afastada. A entidade familiar antes concebida como entidade monoparental na qual o *pater* impunha condutas severas a serem seguidas deu azo a uma nova fase após a introdução da mulher no trabalho. Esse fato, ligado a outros acontecimentos históricos, embasou a aceitação da entidade familiar sob suas mais diversas formas.

Nota-se que com o advento do estudo do princípio jurídico da afetividade o tema ganhou amparo jurídico dando lastro à possibilidade de adoção por homoafetivos na medida em que o afeto se consubstancia como o elo fundamental entre adotante e adotado. Tal princípio valorizou os laços de amor entre pais e filhos em detrimento dos laços biológicos consagrando a adoção homoafetiva.

O instituto da adoção também sofreu mudanças significativas. O anterior enfoque dado à pessoa da adotante foi paulatinamente substituído pelo do adotado. O que se mostrava como uma vantagem tão somente para os que desejavam adotar, sem levar em conta as reais necessidades do menor, atualmente se configura como vantagem para o adotado, na busca incessante do melhor interesse do menor.

A possibilidade da adoção por uma família homoafetiva nasceu principalmente da falta de previsão por parte do legislador além da inexistência de vedação pela ordem constitucional.

Ademais, os estudos científicos trataram de dissipar qualquer dúvida tendenciosa a crer que o fato de uma criança conviver em um lar homoafetivo traria mais dificuldades e transtornos do que qualquer outra criança que convive com pais heterossexuais.

Imperioso destacar que a mais recente posição jurisprudencial sobre o assunto dispôs que diante da lacuna da lei específica sobre o caso a adoção em comento não encontra óbice na legislação pátria. Destacando-se que essa decisão encontra seu fundamento jurídico fundamentalmente nos artigos 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, assim como o artigo 3º, IV, da CRFB/88, e o artigo 1º da Lei n. 12.010/09 bem como o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, verifica-se a real importância das decisões do Superior Tribunal de Justiça que vieram, portanto a confirmar que diante dos anseios e da mutação constante que se encontra a sociedade, as justificativas preconceituosas do passado não merecem vigorar no ordenamento pátrio.

REFERÊNCIA

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Família e a Constituição de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção - Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais – Aspectos Jurídicos*. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, D.O.U. 16.7.1990.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, D.O.U. 11.1.2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0002976-20.2006.8.19.0210 (2008.001.50128). Relatora: Desembargador Heleno Ribeiro Nunes. Publicado no Diário da Justiça de 10 de novembro de 2008. Julgado em 27/04/2010. Disponível em www.tj.gov.br

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 889852-RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DOU de 10 de agosto de 2010. Disponível em www.stj.gov.br

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de *et al. Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/44_-_a_fam%EDlia_homoafetiva.pdf> Acesso em 15 de novembro de 2011.

DIAS, Maria Berenice. *E a Justiça viu afeto*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/8_-_e_a_justi%EA_viu_o_afeto.pdf> Acesso em 15 de novembro de 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de Família Atual*. Humberto Theodoro Júnior. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. *Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*. 5.ed. Salvador: Juruá, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Artur Marques Filho. *Adoção*. São Paulo: RT, 2009

TORRES, Aimberê Francisco. *Adoção nas Relações Homoparentais*. São Paulo: ATLAS, 2009.

TORRES, Edson Paulo. *Adoção de quatro irmãos*. João Amâncio. São Paulo: Paulista, 2008.