



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Adoção Conjunta por Conviventes Homossexuais

Rebecca Féo de Oliveira

Rio de Janeiro
2009

Rebecca Féo de Oliveira

Adoção Conjunta por Conviventes Homossexuais

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

Orientadores: Profa. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Profa. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

ADOÇÃO CONJUNTA POR CONVIVENTES HOMOSSEXUAIS

Rebecca Féo de Oliveira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: A desagregação da família e o conseqüente aumento de crianças e adolescentes em situação de abandono gera graves problemas para a sociedade brasileira. O instituto da adoção é relevante para reduzir esses problemas, possibilitando o desenvolvimento sadio destes menores, desde que acolhidos por adotantes que preencham os requisitos necessários para tal. Dentre tais requisitos não se deve inserir a diversidade de sexos, já que os homossexuais que vivem em relação homoafetiva podem em muitos casos oferecer ao adotado a adequada convivência familiar e comunitária, atendendo-se ao seu melhor interesse. A essência deste trabalho é verificar a possibilidade jurídica de adoção conjunta por homossexuais em união homoafetiva, tendo em conta as disposições legais em vigor.

Palavras chave: Família, Isonomia, Adoção, Homossexuais.

Sumário: Introdução. 2 – Considerações Gerais sobre Adoção. 3 – União Homoafetiva como Entidade Familiar. 4 – Princípios Jurídicos em Questão. 5 – Manifestações do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A análise dos núcleos familiares existentes atualmente em comparação com aqueles de décadas atrás permite identificar profundas alterações fáticas que se referem aos seus componentes, bem como às relações entre eles estabelecidas. Tais alterações repercutem no Direito de Família, que deve estabelecer a regulação jurídica deste novo contexto.

Por outro lado, também dentro do Direito de Família, problemas antigos como o de crianças abandonadas à espera da oportunidade de integrar uma nova família mantêm-se na atualidade e repercutem no específico ramo da adoção, que deve proteger o interesse desses menores e buscar soluções aos problemas por eles enfrentados.

Este trabalho insere-se nesse contexto para tratar da adoção conjunta por homossexuais que vivem em união homoafetiva com a finalidade de avaliar esta possibilidade tendo em conta o contexto social e familiar atual, bem como as disposições do ordenamento jurídico em vigor.

Trata-se em especial do direito dos homossexuais quanto ao respeito à sua dignidade e ao tratamento igualitário em relação aos demais membros da sociedade e do direito dos menores abandonados ao convívio familiar que lhes possibilite afeto e desenvolvimento sadio de sua personalidade.

A abordagem do tema compreende a apresentação da legislação em vigor, dos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio e das manifestações do Poder Judiciário na análise dos casos que começam a chegar à sua apreciação, bem como a avaliação deste conteúdo, identificando-se o fundamento jurídico para que se efetive a adoção por homossexuais.

A preponderância do bem estar do menor e das políticas que efetivem os direitos individuais sobre ações discriminatórias e segregacionistas decorre não só da ordem natural das coisas como também da ordem jurídica, sendo a adoção de menores abandonados por entidades diversas da família tradicional, mas igualmente comprometidas com o desenvolvimento do adotado, como pode ser o caso da adoção conjunta por homossexuais, a legítima manifestação do interesse social.

2 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE ADOÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a adoção é entendida como um ato civil pelo qual uma pessoa atesta o recebimento de outra, que não é seu filho por meio natural, como filho, atribuindo-se a este vínculo estabelecido todos os efeitos jurídicos da relação de filiação.

Alguns sistemas jurídicos, como é o caso da França, concebem a adoção com natureza contratual, pois consideram imprescindível à sua efetivação a tanto a manifestação de vontade do adotante como do adotado, se for maior, ou de seus representantes legais, se for menor.

No Brasil, a adoção é um instituto jurídico em que predomina o interesse público, subordina-se à ordem pública, não se identificando características contratuais.

De acordo com essa natureza de questão pública, não se admitem no processo de adoção a imposição de cláusulas ou quaisquer tipo de condições para que haja sua efetivação por aquele que pretende adotar.

A adoção é um ato que se realiza de forma pura e simples, não comportando os ajustes e modificações típicos dos negócios jurídicos.

Em vista de diversas circunstâncias referentes à desagregação da família natural, a adoção é um instituto que tem a finalidade de conferir a criança e ao adolescente que não puderam se desenvolver no seio de sua família natural a oportunidade de inserir-se em um ambiente que lhes proporcione o atendimento às necessidades materiais, sociais e afetivas, desfrutando da convivência familiar e comunitária.

Por meio da adoção, resume RIZZARDO (2004, p. 532), “estabelece-se entre duas pessoas uma relação de filiação legal, equivalente à natural”.

Com o advento da Lei 5.665/65, o instituto da adoção ganhou importante traço de evolução, já que o filho adotivo foi considerado praticamente igual ao filho consanguíneo no que se refere aos direitos e obrigações. Foi criada a legitimação adotiva, fato que atribuía ao adotado vínculo jurídico muito similar ao do filho.

A Lei 6.697/79 instituiu o Código de Menores e, de acordo com sua política de tornar regular a situação do menor em situação irregular (abandonado ou entregue à atividade criminosa), trouxe importantes modificações para o instituto da adoção. Passou a prever uma forma de adoção simples, autorizada pelo juiz e aplicável aos menores em situação irregular e substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena.

Quanto à legislação brasileira em vigor, o art. 227 da Constituição de 1988 assegura à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, entre outros, o direito à vida, à saúde, à dignidade e à convivência familiar e comunitária.

Em consonância com tais disposições, trata do instituto da adoção a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil de 2002.

As normas da Lei 8.069/90 aplicam-se às adoções de crianças e adolescentes em situação de abandono, com pouquíssimas ou nenhuma chance de restabelecimento do convívio saudável com sua família natural.

Tendo em conta que as regras da Lei 8.069/90 são especiais, o disposto no Código Civil aplica-se às adoções de maiores de 18 anos.

Verifica-se pela análise deste conjunto de normas, bem como pela finalidade do instituto da adoção, que é prover o adotado de uma família, que o primordial ao longo do processo de adoção é que se verifique relação de afeto entre os adotantes e o adotado, bem como condições de convivência digna e desenvolvimento saudável do adotado.

A Lei 8.069/90 previa originalmente que a adoção por mais de uma pessoa, denominada de adoção conjunta pela doutrina, poderia ser realizada por ambos os cônjuges, concubinos, divorciados ou separados judicialmente desde que, nesses últimos dois casos, o

estágio de convivência com o adotando tivesse se iniciado na constância da sociedade conjugal (art. 42, § 4º).

Não havia previsão legal expressa a respeito, porém, em conformidade com o art. 226, §3º da Constituição de 1988, que reconhece a união estável e a confere proteção do Estado, também era aceita pela doutrina e pela jurisprudência a adoção conjunta realizada pelo casal que convivia em união estável.

Com o advento da Lei 12.010, publicada em 04/09/09, foi alterado § 2º do art. 42 do ECA, que passou a prever como indispensável para a adoção conjunta que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Esta nova redação reconheceu expressamente o direito à adoção conjunta por parte dos companheiros, que se entende por entidade familiar.

Porém, apesar de elogiável a iniciativa legislativa no que se refere a esse aspecto, esta nova redação deve ser analisada também sob outra perspectiva.

Ao que parece, ainda que de modo indireto, esta nova redação pretende afastar a possibilidade de adoção conjunta por homossexuais. Isto porque, com base na literalidade das normas nacionais em vigor, não há casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas somente entre homem e mulher.

Afora dessas hipóteses de adoção conjunta tratadas pela Lei 8.069/90 em sua nova redação, a adoção poderá ser atribuída a uma só pessoa, desde que se cumpram os requisitos também aplicáveis aos casais.

Assim, conclui-se que, pela interpretação literal da lei em vigor, homossexuais que partilham uma vida em comum, prestando-se mútua assistência, afeto e construindo seu próprio patrimônio não podem realizar uma adoção conjunta, mas apenas fazê-lo um deles, de modo individual, como se fosse uma pessoa solteira.

Nesse contexto, é relevante analisar o tema com base em interpretação lógico sistemática das normas legais e especialmente à luz dos princípios constitucionais da

isonomia e da dignidade da pessoa humana, a fim de verificar se a união homoafetiva pode ser considerada união estável para todos os efeitos jurídicos, inclusive para a adoção.

3 – UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Tradicionalmente a família era entendida como o conjunto formado pelo homem e a mulher casados de acordo com a lei civil e os filhos gerados desta união.

No conceito de SILVA (2008, p. 599) “família compreende simplesmente os cônjuges e sua progênie. E se constitui, desde logo, pelo casamento”.

Na terminologia do Direito Civil, em especial do Código Civil de 1916, a família exprime somente a sociedade conjugal no seu caráter de legitimidade que a distingue de todas as relações jurídicas do gênero e, com isso, abrange somente a reunião de pessoas ligadas entre si pelo vínculo de consanguinidade, de afinidade ou de parentesco até os limites fixados pela lei.

Em sentido amplo, a família significa o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, representando-se as pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, ou sejam provindas do mesmo sangue.

Ao longo dos anos, houve mudanças sociais consideráveis, a mulher ingressou no mercado de trabalho passando a ter patrimônio próprio, as separações dos casais tornaram-se um fenômeno aceito com maior naturalidade, bem como a formação de novos núcleos familiares por estas pessoas que tiveram uma relação anterior, inclusive com seus filhos, enfim, houve fatos que levaram à alteração do modelo tradicional de família.

Atualmente, o conceito de família está diretamente relacionado à afetividade entre seus membros, não há como dissociá-los.

Desse modo, é de se reconhecer que, também reflexo das modificações sociais, os direitos dos homossexuais passaram a ser respeitados.

Como exemplo, desde 15 de dezembro de 1973, por decisão da *American Psychiatric Association* e, depois de outras organizações internacionais, a homossexualidade foi excluída do rol das doenças mentais.

Na Classificação Internacional das Doenças, também se retirou a menção à homossexualidade.

A Anistia Internacional considera como violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade desde o ano de 1991.

Assim, ao invés de viverem à margem da sociedade, escondidos, hoje muitos homossexuais assumem sua opção e constroem uma relação de afeto e comunhão de vida, compreendendo também o compartilhamento de patrimônio, realidade que não pode ser ignorada pelo Direito.

Entretanto, a legislação em vigor não reconhece a existência das uniões homoafetivas, o que ainda gera controvérsia sobre os efeitos jurídicos que se deve conferir a tais uniões.

É certo que a Constituição de 1988, em atenção às modificações sociais verificadas, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma ampliação do conceito de família, tratando-a como entidade familiar, a qual também pode ser estabelecida entre conviventes em união estável e não só por casados.

O art. 226, §3º da Constituição de 1988 somente admite como entidade familiar a união formada entre o homem e a mulher, pois prevê que a lei facilitará sua conversão em casamento (o que não é permitido entre pessoas do mesmo sexo).

Assim, segundo interpretação literal, conclui-se que não é possível o reconhecimento da união estável entre homossexuais.

Por tal motivo, quando provocado a se manifestar o Judiciário, houve várias decisões reconhecendo que entre homossexuais, quando há comunhão patrimonial, existe uma sociedade de fato, devendo ser desse modo tratada juridicamente a relação estabelecida.

Muitas decisões já rejeitaram o reconhecimento de união estável entre homossexuais, exemplificando: “diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º da Constituição da República, revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo” (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0702.03.094371-7/001).

É de se reconhecer, entretanto, que considerar o vínculo estabelecido entre homossexuais que partilham uma vida em comum como uma sociedade de fato, uma mera conjugação de esforços para a formação de um patrimônio comum é um caminho que não abrange a complexidade dos aspectos jurídicos que de fato são identificados neste tipo de relação, mas apenas um deles, qual seja, o aspecto patrimonial.

Atentando-se para isto e, especialmente, para os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a jurisprudência passou a atribuir efeitos de união estável às relações de convivência entre pessoas do mesmo sexo, desde que, naturalmente, estejam presentes os requisitos necessários à configuração da união estável, afora o da diversidade de sexo, como será detalhado neste estudo.

Com isso, os Tribunais aos poucos vêm reconhecendo direitos não só referentes à construção do patrimônio comum, mas também direitos sucessórios e previdenciários àqueles que vivem relações homoafetivas.

A realidade é levada ao Judiciário que precisa solucionar as questões trazidas, conferindo ao jurisdicionado a efetividade do direito pleiteado e, com isso, verifica-se que muitas decisões estão à frente das disposições legais expressas acerca do tema.

A esse respeito, cabe destacar que desde 1995 tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.151, de autoria da então deputada Marta Suplicy, o qual visa regular o

que chamou de parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, trata de efeitos jurídicos desta parceria. Não se tratou no Projeto da possibilidade de casamento.

Em 1988 deveria ter sido votado, mas não foi e continua sem andamento.

Tal Projeto, que causou grande repercussão nacional e manifestações contra e a favor, tinha por objetivo regular de modo mais amplo os efeitos jurídicos da relação homoafetiva, não se identificando em seu conteúdo qualquer menção à possibilidade de adoção conjunta por parte dos homossexuais que vivessem em “parceria civil”.

Analisando-se o tema sob a ótica do direito comparado, observa-se que alguns países europeus já aprovaram leis que praticamente equipararam a união entre homossexuais ao casamento heterossexual.

Dos países escandinavos, apenas a Finlândia não aprovou normas legais que regulam a união registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Na Dinamarca, desde 1989 é reconhecido o “casamento entre pessoas do mesmo sexo”, o que foi feito após muitos debates sobre o tema, conforme AZEVEDO (2002).

A lei dinamarquesa estabelece que duas pessoas do mesmo sexo podem ter sua parceria registrada, o que só é possível se ambos ou pelo menos um dos parceiros tiver residência permanente na Dinamarca e nacionalidade dinamarquesa.

Em relação aos efeitos legais, este registro deve produzir os mesmos efeitos legais que o contrato de casamento, aplicando-se aos parceiros as mesmas disposições que se aplicam aos cônjuges, a exceção da Lei de Adoção, já que os parceiros não estão autorizados a adotar crianças.

No que se refere à dissolução da parceria, há também aplicação das leis sobre dissolução dos casamentos.

Do mesmo modo se dá com a legislação referente à herança e aos tributos devidos com a transferência decorrente da herança.

Na Holanda, desde 1991, e na Suécia, desde 1995 homossexuais podem requerer de acordo com a lei seu casamento e efeitos jurídicos correspondentes.

É proibida na Holanda a adoção de crianças por homossexuais que tenham tido sua parceria registrada, bem como a inseminação artificial de lésbicas.

Na Noruega, a lei é ainda mais avançada no que se refere ao reconhecimento dos direitos daqueles que vivem em união homoafetiva, já que permite que os parceiros possam partilhar da “autoridade parental” (pátrio poder), ou seja, permite-se aos conviventes homossexuais adotar crianças.

Em cotejo com as disposições legais em vigor, observa-se que o legislador brasileiro ainda se encontra apegado a conceitos tradicionais que não servem plenamente às soluções dos conflitos que se identificam nas relações estabelecidas na realidade atual da sociedade.

Com o advento da Lei 11.340/06, conhecida por Lei Maria da Penha que, em seu art. 2º, menciona que toda mulher, independentemente de orientação sexual, dentre outras qualidades pessoais, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, no art. 5º, parágrafo único, indica que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar, surgiu na doutrina o entendimento de que a legislação infraconstitucional reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.

Em referência ao texto da Lei 11.340/06, afirmou-se: “ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros”, conforme DIAS (2007, p. 190).

De qualquer modo, é certo que até o momento não temos uma lei específica referente ao reconhecimento e tutela jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O Poder Judiciário tem tido um importante papel neste cenário ao trazer as soluções cabíveis, reconhecendo a realidade fática e atribuindo os efeitos jurídicos pertinentes de acordo com normas e princípios que regem de modo geral nosso ordenamento.

Entende-se que mais correto quanto a esse aspecto é considerar existente ou não a união estável sem atentar de forma simplista para a existência da diversidade de sexos, pois esta postura é a compatível com os princípios constitucionais que protegem os interesses dos adotantes e dos adotados, dos quais se passa a tratar.

4 – PRINCÍPIOS JURÍDICOS EM QUESTÃO

Quando se trata da possibilidade de adoção conjunta por homossexuais em comunhão de vida, como não há, conforme visto, lei específica a respeito, é necessário ater-se aos princípios que fundamentam nosso ordenamento jurídico e que estão previstos na Constituição de 1988 referentes à pessoa do adotante e do adotando.

No que se refere ao adotando, estabelece o art. 227 da Constituição de 1988 que se assegura à criança e ao adolescente com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ao referir-se à “absoluta prioridade”, a disposição constitucional é clara no sentido de que o interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão. Esta noção configura o princípio do melhor interesse da criança.

Tendo em vista o melhor interesse da criança, a Lei 8.069/90 (ECA) estabelece regras e procedimentos específicos para conferir efetividade ao texto constitucional, garantindo o respeito aos direitos inerentes à sua condição.

O ECA não dispõe sobre a possibilidade de adoção conjunta por homossexuais, porém, do mesmo modo, não contém nenhuma norma que corresponda a vedação implícita ou explícita.

Nesse contexto, é certo que o princípio do maior interesse da criança deve orientar os aplicadores do Direito no que se refere à possibilidade de adoção conjunta por homossexuais. O que importa e está de acordo com este princípio é que os adotantes tenham capacidade para assumir os encargos da paternidade adotiva.

A convivência familiar e comunitária é um direito constitucionalmente assegurado, sendo certo que este direito não se efetiva em sua plenitude quando se encontra a criança ou o adolescente em um abrigo, sob tutela do Estado. Por melhor que seja a instituição, a convivência em um abrigo não corresponde à convivência no seio de entidade familiar.

Não há dúvidas de que a adoção por conviventes homossexuais idôneos e conscientes de suas responsabilidades quanto ao exercício de poder familiar em relação ao adotado atende não só o interesse da criança e do adolescente de convivência familiar e comunitária, como também lhes permite um ambiente de afeto imprescindível para seu desenvolvimento.

Um dos grandes problemas identificados por aqueles que trabalham com processos de adoção é o fato de não haver interessados na adoção de crianças a partir de determinada faixa etária. Entende-se que, com o passar dos anos, por mais tempo a criança conviveu com regras, modos, valores e outros fatores que poderiam ensejar a dificuldade no processo de colocação em família substituta. Há, pois, um preconceito por parte dos interessados em adotar.

Tal preconceito leva muitas vezes a que essas crianças tornem-se adolescentes e adultos que nunca viveram a experiência de convívio em uma entidade familiar, o que certamente violou seu direito constitucionalmente assegurado.

Como vítimas de preconceitos ao longo da história, os homossexuais conviventes podem, por vezes, apresentar maior sensibilidade para lidar com esse aspecto, considerando com menos ressalvas a possibilidade de adoção de crianças “rejeitadas” pelos casais heterossexuais interessados em adotar um perfil específico em razão de sua faixa etária, condição física ou mental.

De acordo com o entendimento de LIBERATI (2008, p. 42), “o assunto está longe de ter unanimidade. No entanto, a melhor regra para o caso é aquela prevista no art. 43 do ECA, que determina que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Desse modo, negar aos homossexuais conviventes que preenchem os requisitos legais necessários o direito à adoção viola o princípio do melhor interesse da criança.

No que se refere aos homossexuais conviventes interessados em adotar, há também princípios e normas constitucionais que amparam sua pretensão.

A homossexualidade é um fato que se perpetua através dos séculos e que está presente em nossa sociedade. Por isso, não é possível que o Judiciário desconsidere sua existência, negando-se a prestar a tutela jurisdicional às uniões que, formadas pelo afeto, assumem feição de família. A marginalização das relações homoafetivas e suas consequências constitui afronta aos direitos humanos.

Inicialmente, destaca-se que a visão preconceituosa sobre a homossexualidade está diretamente relacionada à concepção religiosa de que se trata de um “pecado”, uma imoralidade que deve ser combatida, o que justificaria a negação de direitos e convívio social àqueles que apresentam esta condição.

Entretanto, o Estado brasileiro é formalmente um Estado laico. A Constituição de 1988 contempla no art. 5º, VI e art. 19, I os princípios da liberdade de religião e da laicidade.

Qualquer disposição restritiva aos direitos dos homossexuais simplesmente por esta condição que é mal vista por muitas religiões, especialmente as tradicionais, afronta tais princípios.

A restrição ao exercício de direitos por parte dos conviventes homossexuais viola também o princípio da liberdade, previsto no art. 5º da Constituição de 1988.

A proteção da liberdade individual é um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Este princípio indica que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de agir de acordo com seu livre arbítrio, realizando as suas escolhas, perseguindo os seus próprios projetos de vida e objetivos, sendo-lhe atribuída a proteção jurídica desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros.

Em decorrência do advento do Estado Social, tem-se reconhecido no campo constitucional que a proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não somente sobre as decisões de conteúdo predominantemente patrimonial.

Se, por um lado, com a noção de Estado Social identificou-se uma relativização das liberdades econômicas referentes ao direito de propriedade, à livre iniciativa e etc., a fim de proteger os interesses da coletividade, por outro lado, reforçou-se a proteção da liberdade individual no que se refere ao âmbito pessoal, àquelas questões e decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse contexto, a autonomia de cada indivíduo para escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas estáveis, de caráter familiar identifica-se como um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida pelo princípio da liberdade.

Quando não se permite ao homossexual que forme a sua família sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade e que tenha em razão disso a

tutela do direito, conferindo-lhe respeito por sua condição, nega-se a este cidadão o direito à liberdade de viver conforme seu próprio entendimento.

Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver plenamente sua vida afetiva, ao contrário do que ocorreria caso fosse heterossexual, pois neste caso estaria amparado pela tutela jurídica.

Esta situação, não há dúvidas, pode levar o homossexual a esconder-se e até mesmo ter conflitos internos sobre sua condição.

A ausência de tutela jurídica para as relações de afeto entre conviventes homossexuais é empecilho para o exercício da sua liberdade e o desenvolvimento da sua personalidade.

É um aspecto que acaba por depreciar a sua condição e a importância de suas relações afetivas. Isto porque, no que se refere a efeitos jurídicos, o ordenamento jurídico trata a união entre as pessoas do mesmo sexo, como a união entre amigos, ou irmãos, ou seja, analisam-se apenas os temas de natureza patrimonial, como se o afeto que existisse fosse irrelevante.

O direito à liberdade não é irrestrito. As liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Assim como os demais direitos fundamentais, tais liberdades podem sofrer restrições quando confrontadas com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos que, no caso concreto, revelem-se mais relevantes e merecedores de maior proteção pela ordem jurídica.

Contudo, no que diz respeito à liberdade dos homossexuais de exercer direitos atribuídos aos heterossexuais, não se identifica qualquer interesse legítimo que justifique a restrição do direito.

O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e dos efeitos jurídicos inerentes a este reconhecimento não viola qualquer direito de terceiros ou bem jurídico.

A sua recusa consubstancia simplesmente uma medida preconceituosa intolerante. Busca-se com isso impor um modelo moral tradicionalista de conduta, mantendo-se a segregação social daqueles que não se adéquam a este modelo, como se merecessem uma sanção por não estarem de acordo com o que a sociedade espera deles.

É nesse contexto que se identifica a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

A constituição da família é, em geral, reconhecida como essencial para a realização da pessoa humana. No âmbito da família são estabelecidas relações profundas, duradouras, significativas, que propiciam à pessoa o apoio e a segurança para a superação dos momentos de dificuldade da vida e que a motivam para atingir seus objetivos.

Ainda que originalmente o indivíduo não tenha tido a oportunidade de se desenvolver no seio de uma família estruturada e afetuosa, ele busca formar uma família na qual possa encontrar o suporte necessário para o seu desenvolvimento.

Para que a família desempenhe realmente este papel relevante para seus membros, é preciso que sua constituição baseie-se em ato de liberdade. Deve ser assegurada a cada indivíduo a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar sua vida.

Desse modo, revela-se de enorme importância o princípio da liberdade para o fim de possibilitar aos homossexuais a formação de sua família dotada de amparo jurídico.

No que se refere à possibilidade de adoção conjunta por homossexuais, é também pertinente o princípio da legalidade, de acordo com o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II da Constituição de 1988).

Com base neste princípio, apenas a lei pode impor aos cidadãos determinada conduta ou comportamento ou proibi-lo. Se não há vedação legal específica, a conclusão a que se chega é que a conduta é permitida.

Desse modo, uma vez que não há vedação legal expressa à adoção conjunta por homossexuais, mas apenas omissão legal a esse respeito, pode se entender, com fundamento no princípio constitucional da legalidade, que a adoção nesses termos é possível.

Isto porque, se não há proibição, a adoção conjunta por conviventes homossexuais está no âmbito do que é permitido.

Também de expressiva relevância para a análise do tema em discussão é o princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III da Constituição de 1988.

Este princípio está relacionado à doutrina do direito natural e à noção de que a dignidade é um valor próprio e intrínseco do ser humano, independentemente de sua origem e de qualquer qualidade especial que possa ter.

Neste sentido, manifesta-se SARMENTO (2003, p. 60): “a dignidade não é reconhecida apenas às pessoas de determinada classe, nacionalidade ou etnia, mas a todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de pertencer a espécie humana”.

O fato de a Constituição contemplar expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana leva ao entendimento de que a pessoa, simplesmente por sua condição humana e independentemente de qualquer circunstância, é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e pela sociedade.

Quanto ao conteúdo, verifica-se que não há uma definição clara e precisa do que seja dignidade. Trata-se de um conceito de conteúdo vago e impreciso.

De qualquer modo, tem-se por certo que a noção de dignidade compreende o respeito da pessoa por ela própria e também o respeito que a sociedade a atribui. Assim, tudo aquilo que se refere à consideração própria e auto-estima, permitindo à pessoa sentir-se minimamente integrada ao ambiente social está relacionado à sua dignidade.

Dignidade da pessoa humana é um atributo inalienável e irrenunciável do ser humano e que é protegido pelo ordenamento jurídico nacional.

Os cidadãos homossexuais, assim como quaisquer outros, devem ter sua dignidade respeitada.

Isto significa que sua orientação sexual não deve servir de fundamento para o estabelecimento de restrições de direitos por parte do Estado, por meio de normas legais proibitivas.

Do mesmo modo, com base neste relevante princípio, não é possível que, diante da ausência de norma legal expressa garantindo o exercício de determinado direito aos homossexuais, a omissão seja interpretada como impedimento deste exercício por parte destes cidadãos.

Nesse contexto, entende-se que é compatível com a dignidade dos conviventes homossexuais que sua relação, cumpridos os demais requisitos legais, seja reconhecida como união estável para fins de obtenção da tutela jurídica e que, do mesmo modo, cumpridos os requisitos legais, possam os conviventes homossexuais adotar conjuntamente uma criança ou adolescente.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser preservado e dotado de efetividade, pois isto atende às determinações constitucionais e fortalece o Estado Democrático de Direito.

Inerente à pessoa humana, como destacado, o princípio da dignidade da pessoa humana é diretriz para a interpretação de todo ordenamento jurídico, conforme SARLET (2003, p. 103): “todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana” e, dessa forma, deve ser aplicado.

Relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se o princípio da igualdade ou isonomia, também tratado no texto da Constituição de 1988, no art. 5º.

O Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, que foi inserido em nosso ordenamento jurídico pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 592, de 07 de julho de 1992, que consagra o direito à igualdade nos

seu art. 2º, §1º, e art. 26, ao proibir as discriminações em razão de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

De acordo com este princípio, revela-se inaceitável o tratamento diferenciado entre pessoas que se encontrem na mesma situação. Para aqueles que se encontram nas mesmas condições, deve-se atribuir a mesma tutela jurídica, são cabíveis os mesmos deveres e os mesmos direitos.

O princípio da igualdade impõe que todas as pessoas, independentemente de suas qualificações próprias e que não prejudiquem o direito de terceiros, devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração.

Isso significa que o Estado lhes deve conferir os mesmos direitos, não se podendo negar às pessoas a possibilidade de exercício de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida.

O que diferencia a união homossexual da heterossexual é exclusivamente a orientação sexual dos seus membros, ou seja, uma qualidade pessoal, um modo de agir, que não é (nem poderia ser) tratado como ato ilícito pelo ordenamento jurídico.

Tratar as pessoas de modo diferenciado tão-somente por conta de sua orientação sexual verifica-se como discriminação, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, destaca-se que se constitui em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV da Constituição de 1988), o que consubstancia o princípio da vedação de discriminações odiosas.

Nesse contexto, verifica-se que quando os conviventes homossexuais apresentam condições morais, patrimoniais e afetivas necessárias a conferir a uma criança ou adolescente uma convivência familiar adequada ao seu desenvolvimento, a possibilidade de adoção

conjunta por esses conviventes atende o princípio da isonomia e o objetivo fundamental de não discriminação.

Diante do exposto, verifica-se que a possibilidade de adoção conjunta por homossexuais compatibiliza-se com o princípio do melhor interesse da criança, com o princípio da liberdade, da dignidade da pessoa humana e com o princípio da isonomia. Além disso, atende ao objetivo fundamental de não discriminação.

Por tais motivos, ainda que de modo indireto, entende-se que há fundamento jurídico para o reconhecimento do direito dos homossexuais de constituir uma entidade familiar a qual sejam atribuídos os mesmos efeitos legais cabíveis às uniões estáveis (formadas por heterossexuais) e que neste âmbito familiar possam os conviventes adotar uma criança ou adolescente.

5 – MANIFESTAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Independentemente do fato de não haver norma expressa para tutelar determinada relação, se esta existe, gera direitos e deveres e, em caso de conflito, o Poder Judiciário é provocado para se manifestar.

Nessa circunstância, o juiz deverá julgar o caso com observância da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito, caso não haja norma legal expressa tratando da questão litigiosa.

Acerca das uniões entre homossexuais, conforme visto, não há no direito brasileiro uma norma expressa tutelando as relações jurídicas surgidas no seu âmbito.

Quando chegaram ao Judiciário as primeiras demandas referentes às uniões entre homossexuais, o tema foi tratado apenas sob um de seus aspectos: o patrimonial.

Havendo união entre pessoas do mesmo sexo com aquisição de patrimônio comum, o Judiciário identificava uma sociedade de fato, aplicando as regras do direito das obrigações para a solução dos casos.

A relação obrigacional era reconhecida pelo Judiciário “apenas e tão-somente quando houvesse prova inequívoca da contribuição dos parceiros para a formação do patrimônio comum que se encontrava formalmente no nome de um só deles”, destaca WALD (2005, p. 337).

Ainda hoje os Tribunais tem se manifestado desta forma. Por não haver norma expressa tutelando a união homoafetiva, ou há uma sociedade de fato ou não há nada. A maioria das decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre o tema é no sentido de não reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo (exemplos: Apelações Cíveis 2009.001.35614; 2007.001.08140; 2007.001.04634; 2006.001.59548; 2006.002.17965).

Note-se que ao aplicar analogia à sociedade de fato, não se estabelece qualquer diferença entre a união formada por homossexuais com base no afeto e aquela formada entre irmãos ou amigos visando aquisição de patrimônio em comum ou prestação de serviços.

Na verdade, a negativa do caráter familiar à união entre parceiros do mesmo sexo é uma violência simbólica contra os homossexuais, que referenda o preconceito existente contra eles no meio social, pois indica que o afeto que os uniu para o compartilhamento da vida não tem qualquer relevância.

Assim, além de preconceituosa, é artificial a equiparação da união entre homossexuais com a sociedade de fato, já que é o afeto que os une e não os aspectos econômicos. Além disso, este entendimento jurisprudencial traz consequências práticas negativas para os parceiros, uma vez que a sociedade de fato não envolve uma série de direitos que se aplicariam, caso fosse atribuída a tais relações uma natureza análoga à da união estável.

Tendo em consideração esses aspectos, aos poucos surgiram manifestações do Poder Judiciário em outro sentido.

Em 1999, a justiça gaúcha definiu que a competência para apreciar as uniões homoafetivas competia aos juizados especializados da família e não às varas cíveis, o que iniciou a mudança de orientação sobre a questão.

Em 2001, também perante a justiça do Rio Grande do Sul, foi pela primeira vez reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, deferindo-se ao companheiro direito de herança.

Também se destaca a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de que, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual e, com isso, a competência para a apreciação deste tipo de demanda é da vara especializada de família (Conflito de Competência 2008.030289-8).

Entretanto, apesar dos avanços, o tema está longe de ensejar entendimento pacífico entre os aplicadores do direito e, assim, muitas ações com pedidos de reconhecimento de união estável entre homossexuais foram extintas sem julgamento do mérito com base na impossibilidade jurídica do pedido, considerando-se que não há previsão legal de união estável entre homossexuais.

Há equívoco neste posicionamento, pois não há vedação legal ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas apenas omissão, lacuna legal.

Com isso, não cabe ao juiz extinguir o feito sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido, mas julgá-lo, aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil.

No ano de 2008, destaca-se o teor da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 820475/RJ, na qual se esclarece que há possibilidade jurídica no pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo porque não existe vedação legal explícita no ordenamento jurídico.

Entendeu-se que os dispositivos legais vigentes limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, que compreendem: convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre pessoas do mesmo sexo. O legislador poderia ter utilizado expressão restritiva, impedindo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal, mas não o fez. Assim sendo, é possível que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, embora derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

Por fim, reafirmou-se que ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Em relação a questões específicas relacionadas indiretamente com a existência de uniões homoafetivas, há decisões atribuindo os efeitos jurídicos análogos à união estável.

Quanto aos aspectos sucessórios, há decisões assegurando ao convivente homossexual sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastando-se a declaração de vacância da herança (TJRS, Apelação Cível 70006844153; Embargos Infringentes 70003967676).

No campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1ª Região (Agravo de Instrumento 2003.01.00.000697-0/MG), 2ª Região (Apelação Cível 2002.51.01.000777-0), 4ª Região (Apelação Cível 2000.04.01.073643-8) e 5ª Região (Apelação Cível 2003.05.00.029875-2) reconhecendo o direito do homossexual ao

recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

No âmbito da Justiça Eleitoral, destaca-se a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral a propósito da impugnação do registro de candidata ao cargo de Prefeito de Visu-PA, que mantinha parceria estável com a então prefeita reeleita daquele Município. A questão relacionava-se à aplicação ao caso do art. 14, § 7º da Constituição de 1988, que prevê a inelegibilidade do cônjuge dos chefes do Executivo, no âmbito das respectivas circunscrições eleitorais, e que é também empregado, de acordo com pacífica jurisprudência, na hipótese de união estável.

O acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por unanimidade, concluiu no sentido da incidência à hipótese da referida regra de inelegibilidade, assentando que é um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes vínculos afetivos. Assim, entendeu o Relator que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição de 1988.

Em julho de 2009, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para se posicionar sobre o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 178 proposta pela procuradora-geral da República Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

Visa a ADPF que casais homossexuais tenham os mesmos direitos e deveres dos companheiros em uniões estáveis.

Alega-se que se deve extrair diretamente da Constituição de 1988, em especial dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação das discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à

segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher por analogia.

O Judiciário já registra pedidos de alimentos (TJRS, Agravo de Instrumento 70000535542) e de alvará de separação de corpos (TJRS, Agravo de Instrumento 70006775951) formulados por conviventes em união homoafetiva. Trata-se de realidade que não pode ser ignorada pelo Direito.

No que se refere especificamente à possibilidade de adoção conjunta por homossexuais, a jurisprudência vem aos poucos reconhecendo a adoção conjunta por homossexuais em vista da prioridade absoluta da criança e do adolescente e do seu direito à convivência familiar, pois o vínculo da filiação é principalmente afetivo.

No Rio Grande do Sul (Apelação Cível 70013801592), entendeu-se que 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, é decorrência inafastável a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por parceiros homossexuais, pois o que mais importa é a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores.

A esse respeito, esclarece MADALENO (2008, p. 497), “doutrina e da jurisprudência têm se manifestado em prol da adoção por casais homoafetivos, observando ser foco da adoção o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente”.

No Rio de Janeiro, tem-se conhecimento de decisão proferida no ano de 2007 que deferiu a adoção de uma criança a duas mulheres conviventes em verdadeira união estável, estabelecendo-se que no registro de filiação constasse o nome das duas adotantes, sem que fossem mencionadas as palavras pai e mãe.

Como se pode observar, o Poder Judiciário vem aos poucos reconhecendo os efeitos jurídicos da notória existência fática que é a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, independentemente de previsão legislativa expressa a respeito, já que os princípios constitucionais conferem o fundamento válido para este reconhecimento.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, identificou-se que no novo paradigma introduzido pela Constituição de 1988 quanto às entidades familiares, a valorização do afeto é o aspecto essencial.

Sob este ponto de vista, não há razão alguma para exclusão da convivência afetiva entre homossexuais do âmbito da proteção pela ordem jurídica, já que podem caracterizar-se pela mesma comunhão de vida e profundidade de sentimentos presente nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos.

O fato de não haver legislação infraconstitucional expressa tutelando a união entre pessoas do mesmo sexo não significa impossibilidade de reconhecimento judicial destas entidades familiares e dos direitos inerentes à união estável. Isto porque os princípios constitucionais da laicidade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e, no que se refere à adoção, o princípio do melhor interesse da criança, impõem a aplicação aos homossexuais dos direitos análogos à união estável estabelecida entre heterossexuais, dentre os quais se inclui o direito de adoção conjunta por conviventes mesmo sexo.

Por meio da efetividade das determinações constitucionais estabelecida pelo Poder Judiciário é que se alcançará a verdadeira igualdade entre os cidadãos em uma sociedade tolerante, propícia ao desenvolvimento e, sobretudo, justa.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo, Atlas, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005.