

A (IM) POSSIBILIDADE LEGAL DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES COMO FATOR DE RISCO DO DESENVOLVIMENTO DO ADOTANDO?

Edson Camara de Drummond ALVES JUNIOR*

*Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior (FIVJ/MG) e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ). Advogado (OAB/MG 109.987) e professor de Direito Civil da Universidade Vale do Rio Verde (UNINCOR/MG) e da Faculdade de São Lourenço (FSL-UNISEP/MG). E-mail: edsondrummondjr@hotmail.com

Recebido em: 21/07/2015 - Aprovado em: 14/01/2016 - Disponibilizado em: 30/07/2016

Resumo: Atualmente, diversos casais homoafetivos, diante da impossibilidade de terem filhos, de maneira natural, recorrem à adoção para realizarem seu acalentado desejado. Contudo, diante da omissão legislativa e um entendimento equivocado ou puramente preconceituoso dos responsáveis pelo procedimento adotivo de que a orientação sexual dos adotantes poderia influenciar o adotado em diversas áreas como psicológica, social e sexual, ferindo-se, por consequência, o princípio da proteção integral deste, há o impedimento a sua adoção, impossibilitando com essa conduta o exercício por esses casais aptos do direito de maternidade/paternidade, assim como de milhares de crianças e de adolescentes abandonados por suas famílias naturais e que se encontram em orfanatos o direito de serem inseridos em um lar baseado exclusivamente no afeto, base essa da atual família brasileira como preconiza a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, lesionando-se com essa arbitrária medida dos operadores jurídicos também os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípio esse supremo do nosso Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Adoção. Afeto. Casais homoafetivos. Preconceito. Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

Abstract: Nowadays, a deal of homosexual couples, behind the impossibility of having children, naturally, turn to adoption to fulfill their desired cherished. However, before the legislative omission and wrong or purely biased understanding from those responsible for adoptive that sexual orientation procedure of adopters could influence the adopted in areas such as psychological, social and sexual, hurting, consequently, the principle of full protection of them, there is a block to its adoption, making it impossible to conduct this exercise for those couples able to exercise their maternity rights / paternity, as well as thousands of children and adolescents abandoned by their natural families and orphanages are in the right be placed in a home based solely on affection, base that the current Brazilian family as recommended by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1.988, injuring up with this arbitrary measure of legal practitioners also the principles of equality and human dignity, this supreme principle of our democratic state.

Keywords: Adoption. Affection. Homosexual couples. Prejudice. Principle of Full Protection of Children and Adolescents.

A sociedade contemporânea brasileira vem evoluindo com o passar do tempo, acompanhando a tendência mundial, motivada por diversos fatores que ocasionaram mudanças comportamentais em seus componentes, incluindo-se aí, portanto, a

sua célula-mater, a família, instituição essa que, no início, só poderia ser originada por meio do casamento, o que nos tempos atuais não se vislumbra tal obrigatoriedade, já que a entidade familiar pode ser visualizada de diversas formas, todas merecedoras de igual

proteção do Estado, como, por exemplo: pais solteiros com seus filhos (família monoparental), avós com seus netos e as uniões estáveis (família natural). Ao contrário do pensamento passado, atualmente, a entidade familiar se consolida através do vínculo afetivo de seus membros e não mais como uma entidade meramente patriarcal¹, hierarquizada e de natureza econômica, com a finalidade exclusiva de reprodução e transferência do patrimônio aos seus herdeiros.

Posteriormente à fase meramente reprodutiva da entidade familiar, na Revolução Industrial, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a mudança do campo para a cidade, a família passou a se desenhar como uma forma de se preservar os interesses individuais dos seus componentes, cedendo aos desejos de todos os seus componentes, democratizando-se, conforme a lição de Boscaro (apud DANTAS, 2.013):

A entidade familiar não mais se constitui para a proteção do próprio grupo que representa, ou do instituto do casamento e, sim, para procurar defender os interesses individuais de cada um dos seus membros, unidos por opção pessoal e não mais por imposição social e na busca de um ideal comum de felicidade e de realização própria, ao lado de pessoas que lhes são caras.

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, em virtude da necessidade de mão de obra trazida pela Revolução Industrial, trouxe, como dito anteriormente, uma modificação da estrutura familiar (apesar das forças contrárias a essa natural evolução), contudo, o golpe derradeiro veio, somente, com a chamada “Revolução Sexual”, nos anos de 1.960, com diversos protestos ao redor do mundo, onde a mulher-feminicista batalhou por uma igualdade perante o homem, pois em muitos lares já exerciam, assim como continuam, atualmente, exercendo um papel de liderança como também de sustento do lar, antes restrito à figura masculina, abalando, com tal movimento, o alicerce da família patriarcal, sendo o nascedouro para uma nova conceituação de família, inclusive, conforme lembrado por César Fiúza (2.003), com notórios questionamentos dos padrões morais da sociedade ocidental.

E após os ideais caracterizadores “reprodutivos” e “individuais”, o que vem diferenciando a família, atualmente, é o vínculo de afeto entre os seus membros, trazendo-se, assim, novas formas de entidade familiar, merecedores igualmente de proteção do Estado, dentre as quais, a homossexual, diferentemente do que preceituam a própria sociedade contemporânea e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (de acordo com parte da doutrina brasileira, como

será visto no decorrer deste trabalho), onde impera o conceito de que a família, resultante seja por casamento (jurídica) ou união estável (natural), se caracterizaria pela reunião de um homem e de uma mulher e que, num passado não tão remoto, aquela forma de união (homoafetiva) seria tão somente regulada pelo direito obrigacional, já que constituiria sociedade de fato em que se visava tão-somente o lucro e não a comunhão de vida. Porém, esse entendimento não se coaduna mais com o auge do conhecimento que o ser humano atingiu, atualmente, devendo sim ser reconhecida toda e qualquer forma de entidade familiar e, por consequência, a sua devida proteção estatal, onde seus membros se vinculam pelo afeto, até mesmo para se fazer valer dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdadeⁱⁱ, o que, segundo Maria Berenice Dias (apud BATISTA, 2.015), o atual modelo é intitulado de “eudemonista”, onde os seus membros são importantes em sua individualidade, possuindo, independente da sua orientação sexual, o direito à felicidade.

E diante dessa nova realidade, que merece proteção pelo Estado, por constituir uma entidade familiar, núcleo-base da sociedade, os casais formados por indivíduos do mesmo sexo, impossibilitados biologicamente de gerarem filhos entre si, muitas vezes, buscam na adoção a possibilidade de se tornarem pais ou mães

afetivos de crianças ou adolescentes abandonados por seus genitores biológicos e que se veem impossibilitados de concretizar tal sonho acalentado por uma interpretação, primeiramente, errônea do aplicador do Direito e, secundariamente, muitas vezes, preconceituosa, por entender que se poderá trazer consequências prejudiciais aos adotados, o que justificou a elaboração do presente trabalho, já que tal problemática jurídica traz repercussões sociais, pois por um entendimento errôneo da realidade, muitas crianças não terão a experiência de estar inserida em uma família, onde poderão desfrutar de todo o afeto necessário ao seu normal desenvolvimento pessoal. Objetiva-se, portanto, demonstrar se a adoção por casais homoafetivos está de acordo com a legislação vigente e se atinge não somente a satisfação dos direitos de paternidade e maternidade dos adotantes, assim como se são respeitados os direitos da criança e do adolescente de terem uma família real, unidas por laços não sanguíneos, mas sim afetivos.

Conforme bem define Silva (2.010), a palavra “homossexualismo” foi empregada pela primeira vez, em 1.869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, através da combinação de termos gregos e latinos para representar todos aqueles que possuem o desejo e exercem a sexualidade com pessoas do mesmo sexo, estando satisfeitos psicologicamente com a sua formação

biológica, sendo, portanto, diferente da manifestação do transexualismo ou travestismo. E por não possuir a liberdade de escolha, o termo mais adequado seria orientação sexual do homossexual, em detrimento de sua opção sexual, necessitando, por tal motivo, pelo pensamento daquela época, de tratamento médico.

E mesmo sendo somente conceituada cientificamente no século XIX, a homossexualidade está presente na história da humanidade, tendo registro desde a Grécia Antiga, onde era vinculada à prática dos bens nascidos, na busca de conhecimento, erudição, restando à heterossexualidade a função exclusiva de reprodução, assim como entendiam e praticavam os antigos egípcios e assírios. A seu turno, em Roma, inicialmente era tolerada entre os escravos e seus senhores e que, segundo Braga (apud DANTAS, 2.013), “A história registra que dos quinze primeiros imperadores de Roma, só Cláudio era exclusivamente heterossexual”, sendo, posteriormente, no período Justiniano, execrada duramente, pois era vinculado à ideia de passividade, impotência política e fraqueza de caráter, pensamento esse perpetuado durante a Idade Média e Moderna, por influência do Catolicismo, inspirado ainda mais no preceito bíblico “crescei-vos e multiplicai-vos”. A partir do século XVIII, conforme explicado pelas autoras Farias e Maia (apud BATISTA, 2.015) de um pecado

contra Deus, “passou a ser considerada como um crime social, um pecado contra a natureza, que o Estado tinha de combater”, inclusive com registros históricos de tratamentos esterilizantes para que os homossexuais não pudessem transmitir seus genes aos seus descendentes. Mas, somente no ano de 1.973, que a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da categoria de distúrbios mentais, tempos depois acompanhada pelo Brasil, no ano de 1.985.

Atualmente, mesmo estando em pleno século XXI, a sociedade contemporânea brasileira tem arraigado, ainda, em seu pensamento o preconceito em face dos homossexuais, podendo ser concretizado por meio de insultos, agressões físicas ou, simplesmente, a proibição (ilegal) de manifestação de sua orientação sexual, pelo entendimento de ser uma conduta “imoral” e, portanto, passível de reprovação social (vide repercussão gerada em recente anúncio de uma famosa marca brasileira de perfumes em campanha para o “Dia dos Namorados”, onde se mostrou casais homossexuais presenteando um ao outro, o que gerou, inclusive, a tentativa de boicote aos seus produtos). Mas, devemos lembrar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (nas sábias palavras do saudoso Ulisses Guimarães, intitulada de “Constituição Cidadã”), a família sofreu uma transformação jurídica em sua conceituação,

apoiada pela doutrina e jurisprudência (essa, no início, tímida, com esparsas decisões singulares, para, nos dias atuais, inclusive com manifestação favorável de nossa mais alta Corte no país, o Supremo Tribunal Federal), para englobar em sua terminologia as uniões entre pessoas do mesmo sexo para a formação da família homoafetiva.

E, conforme narrado em parágrafo anterior, diante da impossibilidade biológica e para a concretização do acalentado desejo de paternidade/maternidade, muitos casais homoafetivos recorrem à adoção civil, de maneira conjunta, de crianças e adolescentes abandonados por suas famílias naturais, tendo, em muitos casos, rejeitados seus pedidos conjuntos por um errôneo (ou preconceituoso) entendimento pelos operadores do Direito, responsáveis pelo processo adotivo legal. Frise-se que os indivíduos homossexuais, há muito tempo, já conseguem adotar isoladamente, pois que na legislação brasileira não há qualquer exigência ou proibição legal no tocante à orientação sexual do adotante.

A adoção é definida pela doutrina como uma forma solene de filiação artificial que busca imitar a natural, presentes determinados requisitos previstos legalmente (lei federal número 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – com as alterações realizadas pela lei número 12.010/09), o que,

nas palavras de Bandeira (apud DANTAS, 2.013), o instituto é:

[...] o vínculo jurídico que liga, via de regra, um menor de 18 anos a uma família substituta. Esse vínculo tem caráter irrevogável e atribui ao adotado os mesmos direitos do filho natural, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos e parentes naturais, ressalvando-se os impedimentos matrimoniais.

O instituto em questão tem como finalidade a proteção da criança e do adolescente, inserindo os mesmos em uma família substituta, vinculando-os por meio do parentesco civil com o adotante (de maneira individual ou conjunta), desde que preenchidos determinados requisitos objetivos e subjetivos à sua efetivação, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No caso da adoção conjunta, poderá ser realizada, conforme determinação legal, por divorciados, judicialmente separados e ex-companheiros, devendo estar de acordo a respeito da guarda (inclusive a compartilhada, como preceitua o artigo 1.583 do Código Civil) e visitas, o estágio de convivência com o adotando tenha se iniciado na constância da união e que seja comprovado o vínculo de afetividade e afinidade com o que não seja detentor da

guarda. Assim, à primeira vista, se mostra como um procedimento simples, porém com o dinamismo das novas entidades familiares, atualmente, aí incluídos os casais homoafetivos, na prática, se tornou uma operação complexa e polêmica, muitas vezes, para os operadores do Direito.

E se torna polêmica e complexa a adoção por casais homoafetivos, exclusivamente pelo preconceito que ainda paira sobre o tema, ao não se reconhecer a família constituída por laços afetivos e por entender que se poderá trazer conseqüências prejudiciais à formação do adotando, quando, na verdade, ao contrário, se se efetivar, trará benesses não só para a nova entidade familiar que se está formando com a inclusão de mais um membro, mas também para a própria sociedade.

No primeiro ponto que, supostamente impede, em muitos casos, a adoção conjunta homoafetiva (o não reconhecimento desta nova entidade familiar), se vale de diversos argumentos, tais como de que desta união não é possível a procriação, assim como seria contrária aos padrões sociais normais e jurídicos e incompatíveis com os valores cristãosⁱⁱⁱ. Há que se entender que a sociedade vem evoluindo, constantemente, fruto das mudanças de sua célula base, qual seja, a família. E nessa evolução de conceito da entidade familiar, produzida, principalmente, com o advento da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, trazendo ainda mais a laicização do Direito e que reconheceu expressamente novos núcleos familiares, como a monoparental, formada por um dos pais e seus filhos (artigo 226, §4º), está inserida também a família homoafetiva. Nesse sentido, o entendimento de Silva (2.010) sobre o tema:

A definição de família necessitou ser reelaborada frente às transformações por que passou a sociedade. O padrão clássico dos vínculos familiares não mais se vincula aos paradigmas tradicionais do casamento graças a fatores como a evolução dos costumes, a disseminação dos métodos contraceptivos, o movimento de mulheres e o desenvolvimento da engenharia genética. A família de hoje tem como alicerce a afetividade e deve ser orientada pelos princípios constitucionais.

Neste ponto, os defensores do entendimento de que a união homoafetiva não se caracterizaria como família se baseiam, primordialmente, na questão que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 não a prevê, ao se referir ao tema, em seu artigo 226, como afirma Belmiro Welter, citado por Silva (2.010), para

o qual haveria a necessidade de uma Emenda Constitucional para suprimir a expressão “entre o homem e a mulher”, presente no §3º deste artigo. Portanto, se a própria Magna Carta não a visualiza em seu corpo legal como entidade familiar, não poderá ocorrer a adoção por casais homoafetivos, já que este instituto jurídico visa justamente conceder ao adotado uma família substituta, sendo, nesse mesmo sentido, o próprio Código Civil ao dispor, em seu artigo 1.622, que “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.” Porém, esse posicionamento deve ser repudiado, pois a nossa Lei Maior se constitui como verdadeiro marco divisor no tema “família”, ao reconhecer a origem desta não somente no casamento, mas também na união estável entre homem e mulher e na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, todo vínculo entre pessoas baseado no afeto, incluindo-se aí, por consequência, a família homoafetiva.

Conforme entendimento de Paulo Lobo (apud SILVA, 2.010), as entidades familiares elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 são exemplificativas, devendo ser reconhecida e, por consequência, protegida pelo Estado toda entidade familiar que preencha os seguintes requisitos: afetividade, estabilidade e ostensividade. E se ocorrer qualquer impedimento ao reconhecimento desta família

e, por consequência, negando-se a adoção por casais homoafetivos, estaremos diante de repulsiva discriminação, vedada por nosso ordenamento jurídico (artigo 03º, I da Magna Carta), proibindo-se a criança ou adolescente de ter duas mães ou dois pais que lhe darão um lar com afeto, assim como negando ao casal, capaz de oferecer um ambiente familiar adequado ao adotando, o direito de maternidade/paternidade, lesando-se, assim, a sua dignidade humana, cerne do nosso sistema jurídico (previsto no artigo 01º, III da Lei Maior), por um repulsivo preconceito.

É inquestionável a omissão legislativa (inclusive, em sede constitucional) a respeito da locução do casamento ou união estável homoafetiva (diante desta realidade, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – elaborou o Estatuto das Famílias, onde define a união homoafetiva como uma entidade familiar digna de proteção legal), porém, não paira qualquer dúvida acerca da evolução pela qual passou a família, nas últimas décadas, para que, nos tempos atuais, possa ser vislumbrada e, por isso, ser protegida toda e qualquer comunidade unida por laços afetivos, aí incluídas as relações tanto heterossexuais, como homossexuais. E se não há previsão expressa desta relação homoafetiva, o aplicador do Direito deve-se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais (notadamente, os da igualdade e da dignidade da pessoa humana)

para proteger esse núcleo formado por indivíduos do mesmo sexo, da semelhante forma que acontece com as junções de pessoas de sexos diferentes, sob pena de estar cometendo clara discriminação, em nome do Estado (no caso da atividade dos juízes e promotores de justiça, por exemplo), situação essa terminantemente proibida por nosso ordenamento jurídico^{iv}.

Ao comentar acerca das uniões estáveis homoafetivas e a omissão legislativa de seu tratamento, Taíssa Ribeiro (apud SILVA, 2.010) afirma que:

Tais parcerias representam, sim, uniões estáveis; só não são, é claro, as uniões estáveis entre homem e mulher de que trata a Constituição naquele dispositivo. Mas todo o regramento sobre as uniões estáveis heterossexuais pode ser estendido às parcerias homossexuais, dada a identidade das situações, ou seja, estão presentes, tanto em uma quanto em outra, os requisitos de uma vida em comum, como respeito, afeto, solidariedade, assistência mútua e tantos outros. E se num resíduo de excesso formalístico, estando convencido do pedido, o juiz não se sentir à vontade para proclamar que ali existe uma “união estável”, que declare, então, que a situação configura uma entidade familiar, uma

relação inequívoca, uma união homossexual, em que os efeitos, praticamente, serão os mesmos, atendendo-se, sobretudo o fundamento constitucional que rejeita o preconceito em razão do sexo – ou orientação sexual, como preferimos (CF, art. 3º, IV).

O segundo ponto que os defensores da impossibilidade da adoção por casais homossexuais visualizam é a questão psicológica da criança ou do adolescente ao ser inserido em um lar onde a família é homoafetiva, já que não conseguiriam prever os desdobramentos que tal convívio poderia exercer no desenvolvimento do adotando, pois sua “nova família” seria totalmente diferente das demais, possuindo dois pais ou duas mães; também sob o olhar sexual, já que poderia influenciar a sua identidade sexual, porque não teria referência de gênero, escolhendo, assim, o homossexualismo; ou sob o olhar social, já que poderia ser alvo de discriminação ou chacota, tendo em vista ser ainda um “tabu” para a sociedade a discussão de tal tema. Diante de todas essas conseqüências e por determinação constitucional, essa corrente de pensamento defende, portanto, que o Estado deve por a salvo a criança e o adolescente de todo e qualquer constrangimento que possa vir a passar e que afete seu natural crescimento moral, psicológico e intelectual, tudo com o

intuito de se preservar os princípios, regentes no tema, do seu melhor interesse^v e sua proteção integral.

Contudo, tais teses também são questionáveis, pois, primeiramente, no que se refere à falta de referencial de gêneros, poderá a mesma ser suprida com o convívio da criança ou adolescente em outros ambientes diferentes do lar adotante, tais como casas de tios, avós ou amigos; ainda, secundariamente, sob o olhar sexual, não convence o argumento de que a convivência com os dois pais ou duas mães poderia influenciar a orientação do adotando, pois não explicaria como crianças criadas em uma família “tradicional” heterossexual, sob o seu jugo ideológico, se “tornassem” mais tarde homossexuais^{vi}, além de ser uma afronta ao direito constitucional de todos os cidadãos de exercer livremente sua sexualidade; e terceiro e último ponto discutível é a possibilidade jurídica de a adoção ser concedida, individualmente, a um indivíduo homossexual, haja vista a existência, inclusive, com previsão constitucional, da família monoparental.

No que se refere à discussão de que a criança ou adolescente possa se tornar ainda mais alvo de chacota ou preconceito em seu ciclo social (primeiramente, pelo fato de ser adotivo e, secundariamente, a adoção ocorrer por um casal homoafetivo), prejudicando a sua interação e, por consequência, o seu desenvolvimento natural,

já que não possui inteligência emocional suficiente para lidar com tal fato, Rainer Czajkowski (apud SILVA, 2.010) afirma que:

O menor adotado não tem estrutura para suportar todas as avaliações que terceiros farão daquela "convivência". O preconceito, a condenação, a represália por parte dos vizinhos, de conhecidos, da escola etc., representa um risco ao bem estar psicológico do adotado que não se pode ignorar [...] será compelido a uma situação que, a nível social é, muitas vezes, sabidamente hostil, sem armas e sem maturidade para defender-se.

Nesse ponto, devemos entender que se persistir tal entendimento, se estará compactuando ainda mais com o preconceito e o consolidando, ao invés de combatê-lo e eliminá-lo do seio da sociedade. Devemos lembrar que todo mundo, independente de sua orientação sexual, já sofreu algum tipo de preconceito na vida (por ser gordo, magro, alto, baixo, inteligente ou não, feio etc.) em seu meio social, sendo isso, inclusive, um mecanismo necessário para o desenvolvimento completo do ser humano (mental, psicológico e espiritual) e negar isso à criança ou adolescente adotando, seria o mesmo que o privar do convívio do mundo que o cerca, não se fazendo valer, assim, do princípio do melhor interesse do menor. Para

contrariar os defensores do impedimento da adoção em tela, as pesquisas realizadas por Ricketts e Achtenberg (apud SILVA, 2.010) com os adotados por casais homossexuais, nos Estados Unidos, comprovam que

[...] a saúde mental e a felicidade individual está na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida.

Portanto, não é impedindo a adoção *in casu* que se estará extinguindo o preconceito que ronda o tema homossexualismo no Brasil, mas sim aprofundando ainda mais o fosso já profundo que se encontram os casais homoafetivos aptos a concederem um lar digno a diversas crianças e adolescentes que se encontram hoje abandonadas por suas famílias biológicas, pois **o que importa mesmo é como a família vive e não como ela é definida socialmente.**

E do ponto de vista jurídico, não visualizamos também qualquer impedimento à adoção por dois homens ou duas mulheres, de maneira conjunta, de qualquer criança ou adolescente, no ordenamento jurídico brasileiro. Note-se que, conforme afirmado anteriormente, já ocorre, no Brasil, a adoção singular por indivíduo homossexual, já que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente não traz qualquer impedimento legal referente à orientação sexual do adotante, somente se determinando que os maiores de idade

poderão adotar, independentemente do seu estado civil (artigo 42 do ECA) e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 reconhece a família monoparental, mas, na realidade, o adotado irá conviver em uma família homoafetiva completa, já que seu pai ou mãe civil já tem ou terá uma relação com companheiro do mesmo sexo (por meio do casamento ou união estável, conforme reconhecimento direto deste último e indireto daquele pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI número 4.277/DF e ADPF número 132/RJ, ocorrido em 05 de maio de 2.011). Nesse caso, se ocorrer o falecimento do adotante ou a separação judicial com a dissolução da sociedade conjugal, ocorrerá aí sim lesão ao interesse do menor, pois não terá proteção integral e legal do companheiro ou companheira sobrevivente que vivia com o(a) falecido(a) e que já possui laços afetivos com o adotado, como, por exemplo, os alimentos ou benefícios previdenciários ou sucessórios. Nesse sentido, o exposto pela brilhante Maria Berenice Dias (apud DANTAS, 2.013):

No Brasil, vem crescendo o número de homossexuais que se candidatam à adoção. Ainda que de forma tímida, vem sendo concedida a adoção a um homossexual, não havendo mais necessidade de que oculte sua orientação sexual para a

habilitação. O curioso é que sequer são questionados os pretendentes sobre se vivem um relacionamento homoafetivo. Assim, é deferida a adoção sem atentar em que a criança irá viver em um lar formado por duas pessoas e que será criada e amada por ambas.

Ao contrário, se entender possível juridicamente a adoção conjunta por um casal homoafetivo, reconhecendo-se, assim, uma realidade presente na sociedade, se estará dando maiores garantias ao adotando, pois na falta de um dos adotantes civil (por morte ou separação, por exemplo), estará resguardado pelo outro, do ponto de vista econômico, previdenciário e sucessório. Portanto, não pode o Estado fechar seus olhos e proceder a odiosas distinções, não concedendo a casais homoafetivos a possibilidade de se tornarem pais/mães e aos adotandos a chance de se sentirem amados e inseridos em uma família substituta, com plena capacidade para tanto. Se o fizer, se estará lesando os princípios da igualdade e a preferência sexual daqueles, e os do melhor interesse destes; e para ambos os casos (adotantes e adotandos), o princípio maior de nosso ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana^{vii}. Neste sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao decidir Recurso Especial que

versava sobre o tema (apud BATISTA, 2.015), afirmou que:

[...] a adoção é um ato sagrado de amor, não cabendo ao Judiciário, sob nenhum argumento, se verificada a garantia do bem-estar da criança ou do adolescente, impedir a sua concretização, pois, em assim agindo, desrespeitaria a maior das leis, segundo a qual devemos sempre amar o nosso semelhante como a nós mesmos.

Não se está aqui defendendo a indiscriminada adoção por casais homoafetivos em qualquer hipótese, já que não é um direito absoluto dos mesmos, mas que não há, em primeiro lugar, impedimento legal e, secundariamente, qualquer conflito, porém uma complementaridade entre o direito de maternidade/paternidade civil e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, se deve levar em conta, no momento da concessão da adoção, por determinação legal, as características pessoais dos pais ou mães (como emocionais, espirituais, patrimoniais, etc.), requisitos objetivos (idade, consentimento dos pais e do adolescente ou destituição do poder familiar, estágio de convivência e prévio cadastramento) e avaliar se os mesmos trarão benefícios a um sadio e completo desenvolvimento do menor (conforme preceituam o Estatuto da Criança e

Adolescente e o Código Civil), ou seja, só sendo deferida mesmo a adoção se trouxer reais vantagens para o adotando, fundando-se em motivos legítimos, e não somente se ater à questão da orientação sexual dos adotantes, motivada por mero preconceito, fazendo com que milhares de crianças e adolescentes saiam prejudicados, já que continuarão lotando os orfanatos brasileiros, perdendo uma oportunidade de serem inseridas em uma família substituta, baseada no afeto, adequada para atender aos seus maiores interesses.

Felizmente, observa-se na jurisprudência atual, uma crescente corrente posicionando-se favoravelmente a se conceder a adoção a casais homoafetivos, independente de qualquer “omissão” legislativa sobre o tema em tela (sendo a Holanda o único país a regular legislativamente tal assunto), demonstrando-se, assim, adequada à realidade social, baseando-se nos princípios fundamentais da dignidade humana, igualdade e o melhor interesse da criança e do adolescente adotando. Nesse sentido, posicionou-se Maria Berenice Dias (apud BATISTA, 2.015) ao afirmar que:

Merece ser louvada a coragem de ousar, quando se ultrapassam tabus que rondam o tema da sexualidade e rompe-se o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Ainda bem que está havendo

verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firme oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito.

Assim, com o presente trabalho, após a análise da evolução histórica e conceito da homossexualidade e do procedimento adotivo, conclui-se que os impedimentos à adoção por casais homoafetivos propostos por parte de alguns doutrinadores, como também por alguns operadores do Direito, a respeito do tema, tais como a influência psicológica e social na identidade sexual do adotando, desenvolvimento inadequado da criança e o suposto óbice legal são infundados, pois que as teses formuladas encontram-se dissociadas da realidade, constituindo mera especulação, conforme demonstraram pesquisas realizadas por estudiosos do assunto e mencionadas no decorrer deste estudo que os filhos civis de pais homossexuais são tão equilibrados quanto os de casais heterossexuais, não causando a orientação sexual destes um risco

à formação do incapaz, tal como a omissão legislativa não se consubstancia em proibição, devendo o magistrado, no caso em concreto, se valer dos mecanismos da analogia, costumes e princípios gerais do Direito para solucionar equitativamente tal questão. Somente não se concederá a possibilidade de adotar aos casais homoafetivos desde que não ofereçam um ambiente saudável para o desenvolvimento completo do menor, como acontece com as famílias heterossexuais, independente, portanto, da orientação sexual dos indivíduos envolvidos no procedimento.

Não se pode conceber, em pleno século XXI, ser vista a orientação sexual de uma pessoa como um entrave para que possa usufruir direitos garantidos legalmente, tanto constitucional como infraconstitucionalmente, tais como a outras pessoas, como se fosse uma “doença” e que, por isso, necessitasse de auxílio terapêutico. Procedendo desta forma, os órgãos e agentes públicos envolvidos neste procedimento estarão agindo contrariamente ao princípio da igualdade, dando-se privilégios arbitrários a parte da população em detrimento da outra que tem a mesma capacidade, obrigações e direitos daquela, sem uma justificativa plausível e proporcional entre os meios empregados e a finalidade perseguida.

Poderá o adotado sofrer sim discriminação em função dos seus pais ou mães, contudo, negar a adoção pelo casal por

tal motivo irá tão somente enraizar e solidificar o preconceito que, infelizmente, ainda ronda o tema. Vale lembrar que a adoção individual homoafetiva já ocorre, sendo que o(a) adotante, em muitos casos, já vive, na realidade, uma união com seu/sua parceiro(a) e que, por preconceito de diferenciados matizes no processo adotivo, na falta de seu pai/mãe civil, o menor restará desamparado legalmente em função do companheiro(a) daquele(a), gerando-o, por consequência, graves prejuízos. Dever-se-á sim o Estado dar suporte à criança e ao adolescente para que lide da melhor maneira possível com essa situação, ao invés de negar-lhe o direito de serem acolhidos e amados em um lar que não lhe faltará afeto, base essa que solidifica a atual família brasileira e que pode ser enxergada nas uniões homossexuais como uma nova modalidade de entidade familiar que existe em prol da pessoa, satisfazendo, ao mesmo tempo, o direito de paternidade/maternidade dos adotantes, assim como o direito das crianças e adolescentes de vivenciarem uma verdadeira família substituta e não somente no modelo fixo e desejado pelo falso moralismo social, sendo que a recusa à adoção deve ser fundamentada em reais motivos e não, meramente, em suposições ou preconceitos fundados, principalmente, por uma “falsa” ideologia cristã ou lusitana, ainda, arraigada em nossa cultura brasileira, mas sim no verdadeiro ideal cristão, qual seja,

o amor ao próximo, como única regra a guiar nossos atos e destinos.

Portanto, entendemos sim que não há qualquer conflito entre o melhor interesse do menor que deve ser observado e garantido pelo Estado Democrático de Direito e a orientação sexual dos adotantes e que ocorrendo a adoção pelo casal homoafetivo proporcionará maior segurança jurídica para aqueles, ou seja, protegendo-os por inteiro ao contrário de lesioná-los, como entende parte da doutrina brasileira e crescente jurisprudência nacional, ao conceder ao incapaz toda a estrutura necessária para o seu desenvolvimento completo, inserindo-o em espaço capaz de realizar e proporcionar a todos os seus membros (ou seja, adotantes e adotados) cidadania e a dignidade para viver uma vida plena nesse novo modelo de família, amparado por nossa Constituição Federal de 1.988.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Fabiana Janke. [Adoção por casais homoafetivos](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4242, 11 fev. 2015.

Disponível

em: <<http://jus.com.br/artigos/31358>>.

Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**:

promulgada em 05 de outubro de 1988.

Organização do texto: Carmem Becker. 05 ed. Niterói: Impetus, 2.014. 2.175 p.

_____. Lei número 8.069, de 13 de julho de 1.990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Vade Mecum 2.014**: com foco no exame da OAB e em concursos públicos, Niterói. Carmem Becker (organizadora). 05 ed. p. 945-969.

_____. Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2.002. Institui o Código Civil. **Vade Mecum 2.014**: com foco no exame da OAB e em concursos públicos, Niterói. Carmem Becker (organizadora). 05 ed. p. 230-349.

DANTAS, Pâmela Rayssa dos Santos. [Adoção por homossexuais](#). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24926>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

FIUZA, César. **Novo direito civil**: curso completo de acordo com o Código Civil de 2.002. 07 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2.007.

SILVA, Danielli Gomes Lamenha e. [Direito à adoção de crianças e adolescentes por pares homossexuais](#). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2461, 28 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14587>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

ⁱ Ao lecionar a respeito da origem da entidade familiar, César Fiúza (2.003) comenta que nossos antepassados culturais ocidentais (civilização greco-romana) entendiam que a família era um corpo social que não se limitava somente aos pais e seus filhos, sendo composta pela esposa, descendentes (aí incluídas as filhas solteiras), noras, escravos e clientes, sendo que as filhas casadas transferiam o poder patriarcal para o marido ou o sogro, se esse fosse vivo ainda. Com passar do tempo, houve pequena modificação, mas a estrutura continuou sendo patriarcal.

ⁱⁱ Nas sábias palavras de Alexandre de Moraes (2.007), o princípio da igualdade, previsto em nossa Lei Maior, traz a necessidade de se garantir uma isonomia de possibilidades virtuais, já que todos os cidadãos têm o direito ao mesmo tratamento dispensado pela lei, vedando-se as diferenciações arbitrárias ou absurdas,

baseadas em fundamentos não acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico.

ⁱⁱⁱ No Brasil, a adoção do catolicismo, inicialmente, trouxe um ideal puritano e patriarcal, o que nas sábias palavras de César Fiúza (2.003), é uma herança direta do judaísmo pauliano, que por um lado tentou alinhar o homem moralmente, por outro, trouxe hipocrisia à sociedade brasileira, já que fomentou por muitos anos a ideia de que o homem estaria vinculado ao sexo, incentivando-o, e a mulher ao puritanismo, não podendo praticá-lo antes do casamento, acarretando, assim, um antagonismo evidente que resultaria num grave problema: com quem o homem poderia praticar o sexo, para satisfazer a vontade, já era proibida a sua prática antes do casamento? A resposta encontrada era com prostitutas ou tendo relações homossexuais, ambas as opções censuradas severamente pela Igreja Católica.

^{iv} Novamente, ao comentar acerca do princípio da igualdade, presente em nosso ordenamento jurídico brasileiro, Alexandre de Moraes (2.007, p. 32) afirma que: “O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. **Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social**” (grifo nosso).

^v Muitos doutrinadores, dentre eles Ana Carla Harmatiuk, entendem que o conceito jurídico de “melhor interesse da criança” é aberto, se adequando conforme a realidade temporal da sociedade, mas não sendo contrário aos valores éticos universais da humanidade, esses, sim, atemporais. No Brasil, é considerado princípio fundamental desde a ratificação (por meio do Decreto 99.710/1.990) da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, inclusive, tendo tratamento constitucional do tema, no artigo 227 da Lei Maior, que após a Emenda Constitucional 65/2.010, dispõe que: “Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

^{vi} Sobre o assunto, afirma Jane Justino Maschio (apud SILVA, 2.010): “[...] se a afirmação de que os filhos imitam os pais fosse uma verdade inexorável, como se explica que crianças, geradas, criadas e educadas por casais heterossexuais, se descubram e se proclamem

mais tarde homossexuais? Esse tipo de argumento é preconceituoso, discriminatório e infeliz. Se o velho jargão ‘tal pai, tal filho’ fosse absoluto, filhos de gênios seriam gênios; de alcoólatras, alcoólatras; de psicopatas, psicopatas, e assim por diante. Felizmente, a realidade está aí para infirmar tais argumentos”.

^{vii} De acordo com o ensinamento de Sarlet (apud DANTAS, 2.013), o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser conceituado como: “A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.