ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS: DO PRECONCEITO À JUSTIÇA

ADOPTION BY HOMOSEXUAL COUPLES: FROM PREJUDICE TO JUSTICE

Paulina Letícia da Silva*

RESUMO: A adoção adquiriu seu prestígio na sociedade por ter como característica maior a substituição da família natural. Hodiernamente, os debates provenientes do assunto têm como principal temática a possibilidade de adoção por casais homossexuais. Logo, as opiniões acerca do assunto são as mais diversas, e os motivos pelos quais os indivíduos se posicionam também são variados. Partindo dessa controvérsia, objetiva-se analisar a possibilidade da adoção homoparental.
Palavras-chave: Direito das Minorias. Homossexuais. Adoção Homoparental.

ABSTRACT: The adoption took its position in society to have as a major characteristic the replacement of the natural family. Nowadays, the debates from the main subject have as the most important issue the possibility of adoption by homosexual couples. Therefore, the opinions about this issue are diverse and the reasons why individuals position themselves are also varied. Based on this controversy, the objective is to examine the possibility of such adoption.
Keywords: Rights of Minorities. Homosexuals. Homoparenthood Adoption.

* Acadêmica do 3º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP, orientada pelo Prof. Esp. Aurinilton Leão Carlos Sobrinho. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade tem sido marcada como um período de profundas, sucessivas e voláteis transformações, nos mais variados segmentos da sociedade, da economia, da ciência e, como não poderia deixar de ser, também do Direito. Neste, uma das temáticas em pauta é, exatamente, o papel do Direito na inclusão das chamadas minorias, contexto em que se inserem a mulher, o negro, os sem-terra, os homossexuais, dentre outros. E é neste ambiente, marcado por profundas desigualdades que o presente trabalho encontra seu campo de estudo, a partir do momento que se problematiza o processo de adoção por parte de casais homossexuais, denominada de *adoção homoparental*.

Temática por demais sutil, a adoção configura-se delicada como qualquer outra que se encontre inserida no âmbito do Direito de Família. Ora, o fato de lidar com sentimentos humanos, quando eles se encontram mais suscetíveis, exige paciência, dedicação e muita habilidade. Além disso, a adoção envolve um dos sujeitos que impõem maior responsabilidade ao Judiciário, as crianças, visto que qualquer decisão proferida deve ser bem analisada, enxergando sempre como primordial o bem-estar infantil.

A par disso, a abordagem proposta busca identificar e descrever o regime jurídico-normativo da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, investigação que perpassa pela Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Código Civil, sem olvidar a análise doutrinária e jurisprudencial. Ademais, empreende-se uma reflexão sobre a adoção homoparental no contexto da sociedade brasileira.

A aquisição dos dados deu-se, preponderantemente, através de pesquisa bibliográfica em documentação indireta, além de análise legislativa e jurisprudencial, para exame das seguintes questões: (a) Como se encontra sistematizada a adoção na ordem jurídica brasileira? (b) É viável a adoção homoparental no Brasil?

Este artigo estrutura-se em tópicos e subtópicos, os quais retratam a "Garantia de Direitos das Minorias", "Adoção", "A Adoção e seu Regime Jurídico" e "Adoção por Casais Homossexuais". Em síntese, o trabalho

abordará os seguintes temas: as dificuldades que as minorias enfrentam no universo jurídico-social; a situação das crianças e adolescentes aptos a serem adotados, em face da possibilidade de modificação dessa realidade, através da adoção por casais homossexuais; a visão da ordem jurídica a respeito do assunto, e diante da inexistência de restrição legal da adoção homoparental; e, por fim, a necessidade de se conceder direitos às crianças e aos homossexuais, entremeio à adoção conjunta por pessoas de mesmo sexo, expondo inclusive, o posicionamento jurisprudencial.

2 GARANTIA DE DIREITOS DAS MINORIAS

As intolerâncias econômica, étnica e sexual, fazem-se presentes nos mais diversificados ambientes, inclusive nas sociedades denominadas como evoluídas. O acesso das minorias ao Judiciário não tem sido uma tarefa fácil. Percebe-se que essa parcela da população está submetida aos mais variados conflitos, para garantir o lugar que lhe é de direito perante a sociedade, bem como diante do nosso ordenamento jurídico[1]. Baseado nesse posicionamento é possível fazer uso dos seguintes comentários pertinentes:

> Com a união dos princípios do acesso à justiça e da efetividade social, é possível fazer a constatação da injustiça que vem sendo cometida contra alguns dos discriminados neste país. Em tese, o Direito vem reconhecendo direitos à luta dos negros, sem-terras e homossexuais. Na prática, contudo, o processo não tem sido o local de efetivação e concretização desses Direitos. Há uma dominação tão aristocrática quanto homofóbica que impede o acesso substancial desses grupos à justiça[2].

Dentre todos os segmentos que são tratados de forma diferenciada, é possível citar, de maneira mais específica, o caso dos homossexuais. Além do fato de eles serem vistos com hostilidade pela comunidade em que vivem, ocorre algo, no mínimo, inadmissível nos dias de hoje, pois esses indivíduos permanecem ignorados por uma parcela das pessoas investidas da

1 Cf. PORTANOVA, Rui. **Acesso substancial dos discriminados à justiça**.
2 PORTANOVA, 2006, p. 20.

autoridade de modificar a situação de preconceito existente.

Para muitos, aqueles que, de uma forma ou de outra, fogem aos padrões da "normalidade", têm uma única predestinação, que é a marginalidade social. Com efeito, como mostra Michel Foucault, em *Os Anormais*, a questão da sexualidade tomou tais contornos que, em meados do Século XIX e parte do Século XX, a homossexualidade era vista como anomalia, objeto de cuidados da psiquiatria. Esse fato contribui, de forma determinante, para reforçar e consolidar um estereótipo sobre aqueles que já se encontravam marginalizados socialmente.

Esse sentimento alimentou a intolerância, extremamente inconveniente, que se tem perpetuado mais do que o necessário. Realidade que pode ser identificada até mesmo no âmbito legislativo, no que se refere aos homossexuais, pois, quando as leis não são excludentes, são, por vezes, omissas. Exemplo disso é a inércia em relação a temas como *união homoafetiva* e *adoção homoparental*, que não possuem qualquer abordagem legal específica. Nesse caso, é identificável a presença evidente de uma lacuna normativa; tal que boa parte dos operadores do direito prefere utilizar essa falta de regulamentação, para que a situação de descaso se perpetue, e sequer analisam que: "A falta de lei não significa ausência de direito e a igualdade é o reconhecimento das diferenças"[3].

Inserido no âmbito do Direito Fundamental, o qual é elemento basilar da nossa Constituição, está o princípio da dignidade da pessoa humana, representando "[...] a superação da intolerância, da discriminação da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar."[4]. Além desse princípio fundamental, é possível abordar o artigo 5º da Constituição Federal, o qual esclarece que todos são iguais perante a lei. Partindo desse pressuposto, é inadmissível que ainda haja uma resistência de tratamento uniforme, em relação a alguns grupos, na sociedade. Apesar de se mencionar a uniformidade, é necessário esclarecer que ela deve ser conforme a condição de cada um. O compor-

3 DIAS, Maria Berenice. Entrevista concedida a R**evista Consulex**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

4 BARROSO, 2006, p. 38.

tamento desigual com os casos nitidamente desiguais, na medida em que eles se diferenciam, faz parte, inclusive, da concepção de justiça. As seguintes considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello fazem a defesa dessa afirmativa:

> [...] a lei não pode tomar *tempo* ou *data* como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isto pelejar à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado [...]
> [...] as diferenças de tratamento só se justificam perante fatos e situações diferentes [...]
> O que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam entre si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas [5].

É possível interpretar esse princípio em relação aos sujeitos que porventura tiverem algum tipo de fragilidade. Isso significa que eles deverão ser beneficiados, de modo que possam estar aptos a conviver de forma igualitária em relação aos demais indivíduos. Esse tipo de comportamento pode até ser enquadrado como discriminatório; no entanto, é inegável que essa diferenciação tem sido altamente benéfica para a parte "afetada". Enquanto percebemos essa discriminação positiva, não nos resta a menor dúvida que exista, também, uma discriminação que não possui, em si, sutileza, tampouco benefícios. Essa denominada discriminação negativa traz máculas que tendem a enfraquecer cada vez mais o direito das minorias e a dificultar sua ascensão no meio social. Nesse contexto, encontra-se inserta a adoção por casais homossexuais. Realidade que, apesar de ser bastante discutida pelos diversos meios de comunicação, e já inserida em várias situações do mundo jurídico, ainda não possui resoluções definitivas para as reais necessidades dos homossexuais. Fato que, *per se*, atinge, inclusive, o Direito que as crianças abandonadas têm de um lar.

5 MELLO, 1993, p. 33-34.

Apesar da existência evidente de homofobia — que pode compreender até mesmo o Poder Judiciário —, percebemos a verdadeira amplitude da problemática. A razão é porque o judiciário, cujo dever seria fiscalizar o errado para exigir que o certo fosse feito, pratica exatamente o oposto, a partir do momento em que permite a existência de motivos para a proliferação de críticas. Isso ocorre principalmente, pela sua conivência com aquilo que deve ser brutalmente repreendido numa sociedade.

Atualmente, mais até do que antes, é possível consolidar o pensamento de que não há razões ou argumentos que sustentem o prolongamento dessa preconceituosa ditadura ideológica, esteja ela fazendo parte ou não do meio jurídico, principalmente por malferir um dos bens mais caros do ser humano: a dignidade.

3 ADOÇÃO

O ato de conceder a uma família mais um membro, o qual não fazia parte dela originariamente, chama-se adoção. Isso equivale a dizer que adoção é o parentesco sem o vínculo biológico, pois a construção de uma família não está restrita a meros laços sanguíneos, ou em outras palavras, significa que "A adoção viabiliza e concretiza parentesco por assimilação, um parentesco eletivo [...]" [6]. Além disso, é pertinente acrescentar que uma das características mais marcantes da adoção é o expresso desejo do adotante em constituir uma família, fundamental ao desenvolvimento saudável de uma população, tanto que a família continua sendo reconhecida pela sua característica essencial de ser a base de uma sociedade. Como bem observa Villela,

> [...] a paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade [7].

6 VELOSO apud GAMA, 2006, p. 98.
7 VILLELA apud PEREIRA, 2006, p.140-141.

Faz-se necessário, pois, ressaltar que a adoção não se compreende simplesmente na iniciativa do adotante. É possível considerá-la, de forma inevitável, como uma das atitudes mais nobres e dignas de reconhecimento de um ser humano. Estar disposto a amar alguém, em qualquer circunstância, sempre será fato merecedor de admiração. Essa inclinação de sentimentos tende a evoluir quando se possui o devido conhecimento da situação que as crianças aptas à adoção enfrentam em suas vidas diárias.

A partir do instante em que se colocam em pauta assuntos como adoção, é indispensável o esclarecimento de seus diversos aspectos, incluindo a situação de crianças que se encontram aptas para tal fim. As instituições responsáveis em abrigar crianças, durante o período em que estas aguardam por um lar, não podem, em hipótese alguma, ter como principal referência o fato de serem "reservatório de menores abandonados". Entretanto, a realidade não se mostra diferente disso, pois o que mais se observa é o isolamento social, bem como a falta de contato afetivo dessas crianças e adolescentes. Esse acontecimento, além de lamentável, é preocupante, porque o desenvolvimento dos menores encontra-se altamente comprometido. De acordo com a situação exposta, não resta a menor dúvida que:

> [...] a institucionalização acarreta mais danos que benefícios para a maioria das crianças internas devido ao predomínio das características negativas no ser humano: impossibilidade de interação com o mundo exterior e conseqüentemente limitação da convivência social; invariabilidade de ambiente físico, do grupo de parceiros e das autoridades; planejamento das atividades externas da criança, com ênfase na submissão silêncio e falta de autonomia [8].

O estado dos menores se torna agravante pelo número de pessoas à espera de um lar ser assustador. Cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos estão aguardando adoção[9]. Como se não fossem suficientes o abandono do ambiente familiar e a inserção em orfanatos despreparados para acolhê-los, essas crianças e adolescentes são

8 PILOTTI apud PEREIRA, 2006, p. 137.
9 Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

submetidos diariamente a sérios constrangimentos. À vista disso, das 200 mil crianças aptas à adoção, em torno de 82 mil delas não chegaram a receber uma única visita[10].

É de suma importância acrescentar, a essa realidade desumana, que, entre os menores aptos a serem adotados, há, inclusive, os que estão à margem das preferências dos adotantes. Ou seja, aqueles em faixa etária um pouco mais elevada, os negros e os portadores de necessidades especiais, em sua grande maioria, são os que preenchem a lista dos candidatos não aprovados. Os dados novamente comprovam o que, de fato, existe, pois mais de 50% das crianças aptas à adoção têm mais de 10 anos. Isso ocorre pelo simples motivo de 90% dos adotantes preferirem que seus adotados tenham menos que um ano de idade. Além disso, há o registro de que somente 23% das adoções se enquadram como inter-raciais[11].

A partir dessas informações, a conclusão é uma só, e é exatamente aquela que acredita que a sociedade não pode continuar se comportando como se o seu sistema de adoção fosse infalível e de desnecessária alteração. É inegável que a permanência dessa realidade irá refletir no agravo da injustiça. Isso ocorre pelo singelo motivo de as crianças se tornarem cada vez mais frágeis em face do o meio em que vivem. Essa situação só nos será favorável:

> Quando todas as crianças tiverem um lar, um lar que não precisa copiar o modelo da sagrada família, quando a sociedade aprender a conviver com as diferenças, com certeza esse é um belo caminho para dar carinho, assegurar proteção e garantir a paz às crianças do mundo [12].

À vista disso, é evidente que a necessidade de seguir um padrão para a constituição de uma família perante a sociedade heterogênea que se tem é impertinente. O pré-requisito essencial de um ambiente familiar deve ser o afeto; exceto isso, qualquer exigência feita simplesmente torna-se secundária.

10 Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.
11 Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.
12 DIAS, Maria Berenice Dias. **Paz para a infância do mundo.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>..

3.1 A ADOÇÃO E SEU REGIME JURÍDICO

A necessidade de normas para a harmonia de uma sociedade é a condição intrínseca. E a adoção insere-se nesse mesmo contexto, pois obtém tratamento jurídico do nosso Ordenamento, que principia pela Constituição Federal, promulgada em 1988, na parte dedicada à Ordem Social, especificamente, no Capítulo VII reservado à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso. Em seguida, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, o qual retrata o assunto em pauta na Subseção IV (compreendendo os Arts. 39 a 52). Por último, cita-se o Novo Código Civil (2002) que reservou um capítulo dedicado somente à Adoção, na área de Direito de Família.

No momento que o assunto possui abrangência no âmbito do Direito Constitucional, a atenção deve ser privilegiada, pelo fato de a Constituição ser a Lei de todas as Leis. E é através das suas regulamentações a respeito da família que fica evidente o tamanho da importância da mesma, para que a sociedade se mantenha em equilíbrio. A partir do Art. 226 CF, é estabelecido o tratamento que a família deve ter: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.". Se havia dúvidas a respeito da seriedade existente no ambiente familiar, a nossa Lei Maior faz questão de esclarecê-la. Dando prosseguimento, através do Art. 227, a questão dos menores é enfatizada por meio da seguinte regulamentação:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> [...]
> § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
> [...]
> VI – estímulo do poder público, através de assistência jurí-

> dica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão abandonado;
> [...]
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Como se vê, existem garantias atribuídas, em especial, aos filhos adotivos, pois estes são equiparados, sem diferenciação, à filiação biológica, em direitos e deveres. Ao igualar os filhos civis com os naturais, torna-se evidente que, em nossa Carta Magna, o espaço para o preconceito simplesmente é inexistente. Por essa razão, não havendo motivos para discernir os adotados dos consangüíneos, nada mais justo que se conceda a mesma igualdade aos adotantes, respeitadas, em primeiro lugar, as diferenças. Isso significa dizer que a paternidade ou maternidade, mesmo sendo desempenhada por pessoas orientadas para o homossexualismo, possui papel igual, sem distinção nem diminuição do valor deste na sociedade.

A adoção é retratada com maior minúcia pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), por este abordar exclusivamente assuntos relacionados ao menor. Examinando o presente Estatuto, compreende-se que o pré-requisito do adotando é atingir a maioridade. E como a antiga faixa etária era a partir de 21 anos, no ECA consta essa idade. No entanto, com o início da vigência do Novo Código Civil (2002) e a diminuição da maioridade civil para 18 anos, entende-se que esse pré-requisito passa de 21 para 18 anos de idade[13]. Devido a isso, sequer importa se quem deseja adotar é solteiro, separado judicialmente, casado ou que vive em união estável.

No que se refere à adoção conjunta, por cônjuges ou até concubinos, ele regulamenta novamente a questão etária de que, pelo menos, um dos dois deve ter 18 anos. Acrescenta, ainda, o importante quesito da estabilidade familiar. O Art. 42, que estabelece as características necessárias que o adotante deve ter, em momento algum faz alusão à orientação sexual deles. É preciso ser de acordo que essa informação seria até desnecessária, pois

13 Cf. VENOSA, 2002, p. 324.

o fato de ser homossexual não presume que o indivíduo seja promíscuo, tenha má índole, ou até mesmo, falta de condições para constituir uma família, como qualquer outra, embora distinta da família tradicional.

Com efeito, o Art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". É acessível a interpretação de que o deferimento ou indeferimento do pedido de adoção deverá ser determinado pela garantia do bem-estar da criança ou do adolescente, e não guardar relação com o preconceito que a própria sociedade criou para barrar os novos modelos de família. Na verdade, é possível acreditar que não existe "modelo novo" de família, se considerado como pressuposto para essa classificação for o afeto. Todavia, não se pode olvidar que, tradicionalmente, o critério para estabelecer o núcleo do conceito é o laço sangüíneo, o qual, contudo, não tem sido elemento essencial para a construção da família hodierna. Logo, em um ambiente repleto de amor, certamente o que menos importa é a orientação sexual dos pais ou das mães. Nesse sentido, registra Maria Berenice Dias:

> Romperam-se os paradigmas em que a família era identificada pelo casamento. A evolução dos costumes, a emancipação da mulher, o surgimento dos métodos contraceptivos, a própria globalização levaram à reformulação da estrutura da família. De um reduto da conjugalidade, a família se transformou em um espaço da afetividade que alberga todas as modalidades vivenciais, gerando seqüelas que devem ser inseridas no âmbito do Direito de Família. Assim, tanto as uniões que prefiro chamar de homoafetivas [...], quanto os relacionamentos em que há comprometimento mútuo merecem ser chamados de família, independente do número ou do sexo de seus integrantes[14].

Guiando-nos novamente pelo ECA, por meio dos artigos que se seguem, é de fácil constatação que o vínculo familiar será concretizado mediante sentença judicial, e é através disso que acontece a adoção

14 DIAS, Maria Berenice. Entrevista concedida à Revista Consulex. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

oficial. Esta, após o trânsito em julgado, passa a produzir seus efeitos, tornando-se irrevogável.

Além da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, como mencionado anteriormente, há o Código Civil, que estabelece o processo de adoção. Porém, este trouxe poucas inovações, com a devida relevância, quanto ao tema. Em alguns aspectos é possível perceber, até mesmo, que o Novo Código Civil já entrou em vigor "velho", por trazer consigo uma opinião preconceituosa que a própria Carta Magna proíbe. Percebendo-se essas características, afirma-se que:

> Em mais de uma oportunidade já nos referimos à inconveniência de mantermos um Código Civil ao lado de um microssistema. O novo Código Civil, no intuito anacrônico de ser uma lei geral, nos moldes dos velhos princípios da codificação, esbarra constantemente em leis desse nível. Assim é com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tal como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor.[...] Tal como promulgado, o novo Código esbarrará em problemas de interpretação e terá, necessariamente, que sofrer modificações muito rápidas. É o que sentimos no regulamento da adoção, cujos princípios fundamentais persistem sendo regulados pelo ECA, sem grandes inovações no Código.
> [...]
> Desse modo, persiste a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em matéria de adoção, em tudo que não conflitar com normas inovadoras introduzidas no novo Código Civil. [15]

É no Art. 1.593 do CC que se torna evidente a existência dos dois tipos de parentescos: o natural e o civil. Estes são compostos, respectivamente, pelos filhos biológicos e pelos adotivos. Ao retratar a parte específica da adoção, é possível constatar similitudes, assim como diferenças, entre o CC e o ECA. Ambos estão de acordo que a diferença de idade entre os pais e os filhos deve ser de, no mínimo, 16 anos. Além disso, o Art. 1.628, a exemplo do o Art. 47 do ECA, prescreve que os efeitos da

15 VENOSA, 2002, p.335-336.

adoção são definitivos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto no caso de o adotante falecer durante o procedimento, pois o efeito será retroativo à data do óbito. E é, finalmente, em relação à adoção conjunta que percebemos a verdadeira discrepância, pelo motivo de o CC preceituar que, ela somente poderá existir se a união for entre homem e mulher. De forma evidente, observa-se que essa regulamentação presente no Art. 1.622 é totalmente descabida, pois o ECA sequer faz esse tipo de exigência; enquanto a CF, por sua vez, opõe-se totalmente à discriminação, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Devido a isso, não resta a menor discordância em que o Código Civil, no que se refere à Adoção, ao fazer uso da discriminação negativa e ao causar prejuízo a dignidade do indivíduo[16], é inconstitucional.

4 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

O desejo de constituir família é inerente ao ser humano e, por isso, não importa a condição financeira, a etnia, ou até mesmo a orientação sexual. O sentimento é igual, a mudança existente de um indivíduo para o outro é somente a forma pela qual a sociedade encara cada um deles. No caso dos homossexuais, isso ocorre através do pré-julgamento. As pessoas justificam que a *adoção homoparental* não pode se concretizar pelos possíveis problemas, que as crianças poderão enfrentar na escola e até mesmo na ausência de referência de ambos os sexos. Entretanto, estudos realizados por comunidades científicas, como a Academia Americana de Pediatria [17], mostram que isso é irrelevante, uma vez que a convivência com gays e lésbicas não afeta o desenvolvimento dos menores. Eles concluíram que o mais importante é o tipo de relacionamento e o tipo de interação familiar existentes [18]. Isso significa que a Família

16 Cf. o tópico de Garantias de Direitos das Minorias.

17 *American Academy of Pediatrics.*

18 Texto original na íntegra: "A growing body of scietific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes." Informação contida na Apelação Cível nº 70013801592. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

Homoparental e a Heterossexual só se diferenciam uma da outra aparentemente, e a essência que as envolve será sempre a mesma se o vínculo entre seus membros for guiado através do afeto.

Os obstáculos a que os homossexuais possam, finalmente, ver seus direitos respeitados, têm sido constantes. Porém, é certo que esse fato não irá perdurar pela eternidade. "Está na hora de acabar com a hipocrisia, com a onipotência do legislador que pensa que a lei tem o poder mágico de impedir que a vida aconteça e que as pessoas persigam a felicidade." [19]. Há diversas alternativas que eles buscam para formar suas famílias, as quais compreendem desde a reprodução assistida[20] até a adoção por somente um deles. Apesar dessas medidas paliativas, a solução está longe de ser alcançada por esse caminho. E, durante esse percurso, os mais fragilizados, que são as crianças, também parecem ser os mais prejudicados. O que acontece, com certa freqüência, é que elas são criadas como filhos pelo casal homossexual, mas no que se refere à parte legal e sucessória, os menores se encontram amparados somente por um dos pais ou por uma das mães.

Essa resistência ao novo tem prejudicado a todos. Os menores necessitam de um lar seguro, que esteja longe da hostilidade dos orfanatos e abrigos, pois a vontade de criar laços afetivos não se esgota pelo motivo de eles estarem vivendo longe do meio social. Além disso, eles têm o desejo de ingressar em uma família a que chame de sua, a qual os possa manter afastados da solidão, a pior forma de castigo. Apesar de existir quem defenda que um lar com dois pais ou duas mães faz diferença, certamente, para quem precisa de uma família, essa característica será apenas um detalhe, que em nada pode interferir na felicidade do ambiente familiar. "Assim, reconhecer só um pai ou só uma mãe é pouco. Quando são dois pais ou duas mães, melhor e mais protegido estará o filho; mais direitos terá, e, é claro, mais amor irá receber" [21].

19 Trecho retirado do artigo "Amor em dose dupla" de Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

20 Na reprodução assistida somente um dos companheiros participa do processo reprodutivo. Apesar disso, ambos irão criar os filhos.

21 Trecho retirado do artigo "Um é pouco" de Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

Se uma retrospectiva for realizada, observa-se que, na sociedade brasileira dos anos 80, a possibilidade de adoção de uma criança por um homossexual era remota. Outrossim, a opção de adoção conjunta por pessoas com orientação diferente da heterossexual não existia. A mudança no tratamento jurídico-normativo se dá a partir da Constituição Federal de 1988, quando esta, de forma inédita, passa a respeitar as diferenças. O costume com aquilo que inova exige certo esforço. No entanto, nada justifica a falta de hábito com essa regulamentação. Desde a sua promulgação, passaram-se 19 anos, que datam exatamente esse "divisor de águas". À vista de todo esse período, era para se subentender que o tempo é, até mesmo, mais que suficiente para que se aprenda a lidar com as modificações impostas. Contudo, se certa parcela da população for observada, a sensação obtida é a de que nada mudou desde então. O preconceito permaneceu e a homofobia tem sido transmitida ao longo das gerações. Embora haja a vergonha ocasionada por essa realidade, alguns acontecimentos têm sido motivo de orgulho para o povo brasileiro. Dentre eles, enquadram-se às decisões proferidas pelos tribunais, em especial, as do Rio Grande do Sul. Este tem sido um dos pioneiros em promover decisões favoráveis à causa dos homossexuais. E é justamente a Desembargadora Maria Berenice Dias, presidente desse referido tribunal e vice-presidente nacional do IBDFAM [22], uma das pessoas mais conhecidas no ramo do Direito de Família, por defender exatamente as minorias. Mesmo com as constantes novidades propostas pelo TJRS, surpreendentemente, é da justiça paulista a primeira decisão que deferiu a adoção de uma criança a um casal de homossexuais[23].

Como visto, é através da Jurisprudência que o Judiciário está amadurecendo suas concepções e aceitando as mudanças que naturalmente ocorrem no meio social. As decisões dos Tribunais são importantes para as Ciências Jurídicas, de forma igualitária ou superior, se comparadas com a legislação. Isso ocorre por elas representarem a visão do Judiciário no

22 Instituto Brasileiro de Direito de Família.
23 Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

que se refere aos problemas sociais. A Jurisprudência também implica um avanço sem precedentes para a sociedade, por se mostrar, em alguns casos, à frente do pensamento antiquado de que o Direito se resume às leis. E como diria o célebre Miguel Reale em sua teoria tridimensional, em sendo o Direito a integração normativa de fatos e valores, não há como analisar um caso separado, sem integrá-lo ao contexto em que se vive[24]. E essa tarefa de adequação da realidade com a parte legal tem sido desempenhada, de forma inclusive inovadora, pelos Tribunais. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirma isso:

> RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
> NÚMERO: 70013801592
> RELATOR: DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS
> DATA DE JULGAMENTO: 05/04/2006
> ÓRGÃO JULGADOR: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
>
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME[25].

24 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.
25 Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

O apelante desse caso foi o próprio Ministério Público, o qual pretendia indeferir a adoção de uma criança à adoção conjunta entre duas mulheres, sendo que uma delas já a havia adotado. Sua apelação foi baseada, entre outros, na vedação do Código Civil, no Art. 1.622, bem como na falta de normas constitucionais e infraconstitucionais para regulamentar o reconhecimento jurídico da união homossexual. No entanto, esses argumentos foram desconsiderados pelos desembargadores que, baseados em precedentes do próprio tribunal, a permitir o reconhecimento da união homoafetiva através do princípio da dignidade da pessoa humana, acrescentaram, ainda, que a própria falta de regulamentação pressupõe a utilização de analogia[26] e dos princípios gerais de direito. Para eles "A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros".[27]. Na finalização de seu voto a Desembargadora Maria Berenice Dias faz uso de belas palavras: "Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida". Situações dessa categoria representam um grande avanço, que não compreende somente o resultado de quem anseia a concretização de direitos, ele abrange inclusive a quebra de paradigmas. Logo, não é errado acreditar que novos tempos se aproximam para a realidade do Direito, visto que "O afeto é uma realidade digna de tutela, e para isso é preciso levantar o véu do preconceito e arrancar a venda da injustiça." [28].

5 CONCLUSÃO

Após todos os debates feitos acerca da adoção por casais homos-

26 "O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas,a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar.". Discurso do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos na Apelação Cível nº 70013801592.

27 Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

28 DIAS, Maria Berenice. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

sexuais é de fácil percepção o quanto a nossa legislação tem sido omissa com as minorias. Devido a isso, muitos operadores do direito utilizam essa realidade para burlar um dos fundamentos da Constituição Federal, que é a proteção à dignidade do indivíduo. Assim sendo, um dos argumentos mais freqüentes, para quem é contrário, é exatamente o de que não há legislação para tal caso. É possível afirmar, em meio às diversas controvérsias, que para a resolução de determinados casos as leis não são suficientes. Isso quer dizer que o primordial é ter sensibilidade para ultrapassar o Direito e enxergar a realidade digna de tutela.

É necessário ressaltar que as questões apontadas no início do artigo foram sistematizadas seguindo a ordem: "(a) Como se encontra sistematizada a adoção na ordem jurídica?" A primeira indagação foi compreendida por meio da abordagem do assunto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Além disso, foi de fácil constatação que cada um deles possui suas peculiaridades ao expressar-se a respeito da temática. "(b) É viável a adoção homoparental?" Ao questionar essa possibilidade, as informações obtidas foram variadas e controversas. De um lado, há os defensores da causa e do outro existe os que censuram a idéia. O posicionamento que o presente trabalho seguiu, defendia a viabilidade da adoção homoparental, baseando-se, em especial, na legislação e na Jurisprudência.

A adoção deveria ser um processo célere em termos de ser resolvido, principalmente pelo bem-estar infanto-juvenil. Mas o que mais se presencia é a institucionalização, a qual acarreta danos ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. Além da institucionalização, um dos fatores que contribuem para o resultado negativo é a rejeição. Esse desprezo ocorre, em especial, com crianças de faixa etária elevada, negras e com necessidades especiais. Devido a isso, o número de adotandos só tem aumentado. Uma das formas de extinguir gradualmente essa estatística e de permitir que a justiça seja feita seria justamente através da possibilidade de adoção homoafetiva.

A adoção como um ato de amor não deve ser privilégio de um seleto grupo, deve estar para todos assim como o Direito está. No entanto, é im-

portante salientar que, quando se pretende que a adoção conjunta atinja até mesmo, as pessoas de sexos iguais a intenção não é que a ela seja feita sem passar por seus procedimentos regulares. O intento é o de que essas pessoas possam chegar a esse estágio de forma igualitária aos demais. E, se porventura, o pedido for indeferido, que seja, pelo menos, baseado em motivos sérios, e não em preconceitos.

Como mencionado, a Jurisprudência tem sido uma das alternativas fornecidas a esse tipo de questão. Apesar dos resultados favoráveis ainda serem tímidos, as mudanças estão sendo constantes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação Constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar., 2006. p. 1-48.

BRASIL. **Código Civil**. Organização de Anne Joyce Angher. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. MORAES, Alexandre de (Org.) 20.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 06 de Dez. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 06 dez. 2006.

_____. **Adoção e a Espera do Amor.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2007.

_____. **Adoção por Homossexuais**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 16 dez. 2006.

_____. **Amor em dose dupla**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 06 de dez. 2006.

_____. **Amor versus preconceito**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2007.

_____. **Família, Ética e Afeto.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2007.

_____. **Famílias Homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 06 dez. 2006.

_____. **Filhos do Afeto**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 16 dez. 2006.

_____. **Filiação Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 16 dez. 2006.

_____. **O Direito a um Lar**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 16 dez. 2006.

_____. O modelo de família para a nova sociedade no Século XXI. **Consulex,** Brasília, n. 171, p. 8-10, 29 fev. 2004. Entrevista concedida ao Professor Leon Frejda Szklarowsky. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 04 jan. 2007.

_____.**Paternidade Homoparental**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 16 dez. 2006.

_____. **Paz para a infância do mundo.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2007.

_____. **Um é pouco**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 06 dez. 2006.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HERDY, Ronaldo. Lar seguro: Casal homossexual consegue adoção de criança no Rio. **Revista Consultor Jurídico,** Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>. Acesso em: 16 dez. 2006.

MASCHIO, Jane Justina. A Adoção por Casais Homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n.55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>. Acesso em: 18 dez. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: VILLAÇA, Álvaro et al. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PORTANOVA, Rui. Acesso substancial dos discriminados à justiça. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v.3, n.1, p. 19-26, set. 2006.

_____. **Família Possível: Desembargador defende adoção de crianças por homossexuais**. Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>. Acesso em: 16 dez. 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.