



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

FRANCISCA DE PAULA CELESTE DE SÁ RESENDE MARQUES

ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

**SOUSA - PB
2006**

FRANCISCA DE PAULA CELESTE DE SÁ RESENDE MARQUES

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Maria Elza de Andrade.

**SOUSA - PB
2006**

FRANCISCA DE PAULA CELESTE DE SÁ RESENDE MARQUES

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

PROFESSOR(A) MARIA ELZA DE ANDRADE
Orientador(a)

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
NOVEMBRO-2006

Dedico este trabalho a Deus, base do meu caminhar e fonte de inspiração, ao meu filho, Pedro Henrique, luz de minha vida, e a todas as crianças que, de modo simples, nos ensinam a respeitar as diferenças e a buscar o verdadeiro sentido da vida: ser feliz.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Todo Poderoso, por todas as graças que me tens concedido.

Ao meu filho, Pedro Henrique, presente de Deus.

Aos meus pais, Paulo e Nisce, por serem meu eterno porto seguro.

Ao meu marido, George, pela paciência e compreensão ao longo desses anos.

Aos meus sogros, Sales e Solange, por me incentivarem a seguir em frente.

Aos meus irmãos (Paulynelli e Deocleciano), por essa bonita aliança fraterna.

Aos meus cunhadas, cunhados, sobrinhos (Ana Beatriz e Felipe), pela família maravilhosa.

Aos meus familiares e amigos, pelo carinho.

A Deocleciano e a Nayara por toda a preocupação, incentivo e pela presença marcante.

A minha afilhada, Dandara, por ter me ensinado que o amor independe de qualquer laço sanguíneo.

A todos os professores e funcionários da Escola de Demonstração de Sousa, pela convivência amistosa.

A Kátia Shirley, minha amiga, por me fazer acreditar que tudo é possível.

A Elza, minha orientadora, pela gentileza de passar seus sábios conhecimentos e experiência, e por mais um desafio cumprido.

A professora Maria do Carmo, pela sua valorosa contribuição nesta presente pesquisa.

Agradeço ao Dr. Djalma Gusmão Feitosa por ter sido um grande mestre na minha vida estudantil.

A todos os meus colegas e amigos ao longo desses anos acadêmicos, meus sinceros agradecimentos.

Uma mulher que carregava o filho nos braços disse:
"Fala-nos dos filhos."

E ele falou:
Vossos filhos não são vossos filhos.
São os filhos e as filhas da ânsia da vida por si mesma.
Vêm através de vós, mas não são de vós.
E embora vivam convosco, não vos pertencem.
Podeis outorgar-lhes vosso amor, mas não vossos pensamentos, Porque eles têm seus próprios pensamentos.
Podeis abrigar seus corpos, mas não suas almas;
Pois suas almas moram na mansão do amanhã;
Que vós não podeis visitar nem mesmo em sonho.
Podeis esforçar-vos por ser como eles, mas não procureis fazê-los com vós;
Porque a vida não anda para trás e não se demora com os dias passados.
Vós sois os arcos dos quais vossos filhos são arremassados como flechas vivas.
O arqueiro mira o alvo na senda do infinito e vos estica com toda a sua força Para que suas flechas se projetem, rápidas e para longe.
Que vosso encurvamento na mão do arqueiro seja vossa alegria:
Pois assim como ele ama a flecha que voa;
Ama também o arco que permanece estável.

OS FILHOS (Do livro " O Profeta")
Gibran Kahlil

RESUMO

A adoção é tomar por si, alguém como filho. O instituto da adoção é uma das modalidades de colocação em família substituta prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta, a mais completa, no sentido que alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. O presente estudo tem como principais objetivos compreender os fundamentos que constituem a base da adoção no Brasil e verificar a possibilidade jurídica dos casais homossexuais adotarem, bem como, se buscará perquirir dentro do contexto social em que se encontra inserida a família pós - moderna, as razões que podem justificar ser ou não a heterossexualidade condição para legitimar o deferimento da adoção no Brasil. A pesquisa se conduziu por meio de levantamento bibliográfico referente ao tema, seleção do material adquirido, e em seguida foram feitos fichamentos do material selecionado, entre eles, livros, revistas, doutrinas, jurisprudências, artigos da internet, julgados de Tribunais, e outras publicações, bem como, análise da legislação que regulamenta o instituto da adoção. Ao analisar a possibilidade jurídica de casais homoafetivos adotarem, percebeu-se, contudo, que os lares constituídos por estes casais podem ser ambientes normais para o regular desenvolvimento sócio-educativo de qualquer criança tendo em mira que, igualmente do que ocorre na família cujo poder familiar está nas "mãos" de heterossexuais, em vários desses lares existem os mesmos valores preconizados pela tradicional família heteroafetiva. Desta feita, o enfoque social dado ao instituto da adoção deve, sobretudo, somente ser deferido quando apresentar reais vantagens para a adotando e fundar-se em motivos legítimos. Conclui-se que, sob tais perspectivas, sedimentam-se, nos mais diversos segmentos da área jurídica, o entendimento - ao qual aderiu este estudo monográfico - de não haver obstáculos de fato e de direito no tocante à adoção por parte dos, atualmente denominados, casais homoafetivos.

Palavras-chaves: adoção, pares homossexuais, criança e adolescente.

ABSTRACT

The adoption is to take pair itself, somebody as son. The institute of the adoption is one of the modalities of rank in foreseen substitute family in the Brazilian legal system, being the this, most complete, in the direction that somebody establishes, independently of any consanguineous or similar blood relation, a fictitious bond of filiation, bringing for its family, in the condition of son, person that, generally, it is stranger. The present study it has as main objectives to understand the beddings that constitute the base of the adoption in Brazil and to verify the legal possibility of the couples homosexuals to adopt, as well as, will search I investigated inside of the social context where if it finds the family inserted after - modern, the reasons that can justify to be or heterossexualidade condition not to legitimize the granting to it of the adoption in the Brasil. A search if it lead by means of referring bibliographical survey to the subject, election of the acquired material, and after that they had been fichamentos facts of the selected material, between them, books, magazines, doctrines, jurisprudences, articles of the Internet, judged of Courts, and other publications, as well as, analysis of the legislation that regulates the institute of the adoption. When analyzing the possibility-legal one of homoafetivos couples to adopt, perceived, however, that the homes consisting of these couples can be surrounding normal to regulate it development partner-educative of any child having in aiming that, equally of what she occurs in the family whose familiar power is in the "hands" of heterosexuals, in several of these homes exists the same values praised for the traditional heteroafetiva family. Of this done one, the social approach data to the institute of the adoption must, over all, to only be granted when to present real advantages for adopting and to establish themselves in legitimate reasons. It is concluded that, under such perspectives, they are sedimented, in the most diverse segments of the legal area, the agreement - which adhered this monographic study - not to have obstacles in fact and of right in regards to the adoption on the part of, currently called, homoafetivos couples.

Word-keys: adoption, pairs homosexuals, child and adolescent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO- JURÍDICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO.....	12
1.1 Antecedentes Históricos da Adoção.....	12
1.2 Evolução jurídica da adoção.....	13
1.3 Direito Comparado.....	17
CAPÍTULO 2 FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	22
2.1 Histórico do Modelo de Família.....	22
2.2 Retrospectiva sobre o desenvolvimento da Família Substituta.....	26
2.3 Modalidades de Família Substituta.....	27
Capítulo 3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS.....	32
3.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	32
3.2 Legitimidade.....	34
3.3 Requisitos para adotar.....	35
3.3.1 Os requisitos instituídos pelo Novo Código Civil e pelo ECA.....	35
3.3.2 Heterossexualidade é requisito para adotar?.....	39
3.3.3 Há possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo?.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A adoção é tomar por si, alguém como filho. O instituto da adoção é uma das modalidades de colocação em família substituta prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta, a mais completa, no sentido que alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

O presente estudo tem como principais objetivos compreender os fundamentos que constituem a base da adoção no Brasil e verificar a possibilidade jurídica dos casais homossexuais adotarem, bem como, se buscará perquirir dentro do contexto social em que se encontra inserida a família pós – moderna, as razões que podem justificar ser ou não a heterossexualidade condição para legitimar o deferimento da adoção no Brasil.

Tendo em vista a novidade do tema em comento e a carência de diplomas legais específicos que o regulem, é a Constituição Federal que recorrerá a presente pesquisa para abraçar ou afastar a hipótese fomentada, qual seja a possibilidade da adoção por casais homossexuais.

A pesquisa se conduziu por meio de levantamento bibliográfico referente ao tema, seleção do material adquirido, e em seguida foram feitos fichamentos do material selecionado, entre eles, livros, revistas, doutrinas, jurisprudências, artigos da internet, julgados de Tribunais, e outras publicações, bem como, análise da legislação que regulamenta o instituto da adoção. Após a organização dos dados colhidos, fora feito uma divisão e discussão por assunto em reuniões com a

orientadora, buscando o caminho adequado para o desenvolvimento desta pesquisa, resultando, portanto, o presente texto.

Para o estudo do tema, observar-se-á não só o direito, mas as várias ciências, em especial, a psicologia, a sociologia, visto que há uma interdisciplinaridade e que juntas servem de instrumento para embasar, a real possibilidade, face aos valores constitucionais, de casais homossexuais adotarem.

A presente pesquisa será dividida em três capítulos. O primeiro intitulado “A Evolução histórico-jurídica do Instituto da Adoção”, abordará a história do instituto da adoção e a evolução da legislação pertinente ao tema desde Roma até os diplomas vigentes. Ainda, no primeiro capítulo, apresentar-se-á um quadro das lutas e conquistas dos homossexuais em todo o mundo.

O segundo capítulo tratará da “Evolução da Família”, explorando todos os modelos de família, desde o de ordem autoritária e hierarquizada, até o atual, que como instituição de afeto e cooperação, busca o desenvolvimento pessoal dos seus membros. Nesse contexto abordar-se-á famílias alternativas, em especial, constituídas por casais homossexuais.

Finalmente no terceiro capítulo a pesquisa se voltará para a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais, realizando uma retrospectiva da legislação pátria no que tange ao tema desde Código Civil de 1916, passando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ECA (Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990), até o Novo Código Civil (Lei nº. 10.406 de 1º de janeiro e 2002). Reportar-se-á, ainda esse capítulo, ao conceito, natureza jurídica e requisitos da adoção, bem como a possibilidade de adoção por casais homossexuais, com inserção de

casos reais, ainda será analisado se a heterossexualidade condição justificante para a concessão da adoção.

Assim, buscar-se-á, sem pretensão de esgotar o tema, avaliar o quanto deve pesar na balança do direito a condição do homossexual quando da aferição pelo Estado do seu direito de adotar uma criança ou adolescente, levando-se em conta, a necessidade e o direito do pretense adotando a uma família.

CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Busca-se neste capítulo inicial discorrer sobre os antecedentes históricos da adoção, sua evolução jurídica frente o direito brasileiro e ao direito comparado.

1.1 Antecedentes Históricos da Adoção.

Desde as civilizações mais remotas, a adoção foi instituída com o fim de dar filhos àqueles que não podiam tê-los, bem como preservar a perpetuação da família. O instituto da adoção foi regulamentado por diversos sistemas jurídicos, sendo disciplinado no Código de Manu e no Código de Hamurabi, estes, exercendo importante função social e política na Grécia.

Destaca-se, portanto, o Direito Romano, base do ordenamento jurídico brasileiro, no qual instituto da adoção teve grande notoriedade.

Em Roma, assim como em outras civilizações, a adoção tinha inspiração religiosa, pois objetivava dirimir os riscos de extinção da família. O Direito Romano conheceu três modalidades de adoção: 1ª) adoção testamentária (*adoptio per testamentum*), que se destinava a produzir efeitos após a morte do testador, sendo necessária a confirmação da cúria; 2ª) ad-rogação (*ad rogatio*), pela qual o adotado capaz se desligava de sua família de origem e se tornava um herdeiro de culto do adotante, havendo o consentimento de ambos, nesta modalidade o Estado tinha interesse, visto que, na ausência de continuador de culto doméstico ocasionaria a extinção de uma família; 3ª) adoção propriamente dita (*datio adoptionem*), pela qual o incapaz se desligava de sua família de

origem, sendo necessário que seu pai de sangue o emancipasse por três vezes, na presença do adotante.

Ressalta-se que, somente aos homens era concedida a faculdade de adotar, em decorrência do próprio fundamento religioso do instituto. Somente, no século VI o Direito Justinianeu permitiu que as mulheres que tivessem perdido os filhos adotassem.

A invasão dos bárbaros não fez desaparecer o instituto da adoção, entretanto, modificou o fundamento do mesmo, visto que, deixava de ser religioso. Como informa, Caio Mario da Silva Pereira (1991, p. 212) “cedia lugar ao desejo de perpetuar num guerreiro valente os feitos d’armas do adotante”

No Sistema Feudal, Idade Média, a adoção entrou em declínio, pois as regras deste instituto iam de encontro aos interesses reinantes naquele período, já que se a pessoa morresse sem herdeiros, seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou pela Igreja.

Por sua vez, o Direito Canônico não enfocou o instituto supramencionado, passando esse despercebido, haja vista a Igreja fundamentar-se que, a família cristã estava alicerçada no sacramento do matrimônio. Ademais, a Igreja temia ser, a adoção, um meio de fraude para reconhecer os filhos adulterinos ou incestuosos, o que esta Instituição proibia veementemente. Entretanto, o instituto atinge efetivamente seu ápice por meio do Direito Moderno.

1.2 Evolução jurídica da adoção

O instituto da adoção no Estado brasileiro foi introduzido através do direito Português, sendo aplicado no período da monarquia até o advento do Código

Civil de 1916. Foram os europeus brancos, por meio do que se chamava “Roda dos Expostos” - nome atribuído ao lugar onde crianças enjeitadas pelos pais biológicos eram abandonadas -, que introduziram a práxis da adoção.

O Código Civil de 1916 (Lei nº. 3. 071/1916) consagrou o instituto supra citado no ordenamento jurídico brasileiro, através dos seus arts. 368 e seguintes. Tais dispositivos, contudo, previam a formalização do ato da adoção através de Escritura Pública.

A referida Lei exigia, ainda, a idade mínima de 50 anos para o adotante, bem como a comprovação de uma diferença entre a idade deste e a do adotando de 18 anos. Havia previsão também da possibilidade da dissolução da adoção, haja vista que não predominava nesse período o aspecto assistencialista do instituto, na medida em que se priorizava tão somente dar filhos àqueles que não podiam tê-los naturalmente.

Em 1924, através do Decreto-lei nº. 4.827/24, houve uma reorganização dos Registros Públicos instituídos pelo Código Civil de 1916, ao ser estabelecido que, a partir de então, no Registro Civil de Pessoas Naturais deveria constar nas respectivas Escrituras Públicas o correspondente ato de averbação no assentamento primitivo. Lado outro, as informações sobre o estado anterior do adotando não podiam, por sua vez, estarem contidas no referido registro.

No mesmo sentido, o art. 110 do Decreto-lei nº. 18.542/28, corroborando a regra inserta no art. 39, § 1º, V, do Decreto-Lei de nº. 4.857/39, passou a prevê a realização da averbação como condição necessária para constituir a adoção, estabelecendo, inclusive, que devem ser averbados no registro os atos causadores de sua dissolução.

Em 1957, com as mudanças no Código Civil de 1916, em virtude da promulgação da Lei de nº. 3.133, advieram algumas modificações referentes ao dito dispositivo, tais como: a idade mínima, para o adotante, de 30 anos, assim como a diferença de idade entre este e adotando de 16 anos. Outra mudança significativa foi a imposição de estarem os interessados em adotar, legalmente casados a pelo menos 05 (cinco) anos e um dos cônjuges ter mais de 30 anos. Poderia, no entanto, ser dispensado o lapso temporal exigido em relação ao matrimônio, se fosse comprovada a esterilidade de um dos adotantes e a estabilidade conjugal dos mesmos.

Depreende-se, portanto, ter sido introduzido, com tais inovações, o caráter assistencialista, vez que, exemplificativamente, aqueles que já constituíam uma família, poderiam agora adotar, sem, contudo, relegar ao adotado os respectivos direitos sucessórios.

A Lei 4.655/65 instituiu a chamada “Legitimação Adotiva”, em que não se admitia condição, nem termo, a fim de garantir o direito de igualdade entre o adotando e os filhos legítimos. Essa regra aplicava-se somente aos menores em estado irregular, bem como àqueles com até cinco anos de idade. Exigia-se, ainda, o consentimento dos pais biológicos do adotando e decisão judicial deferitória do requerimento.

O Código de Menores, através da Lei nº. 6.697/79, trouxe à baila duas espécies de adoção: a simples e a plena. A adoção simples era regida pela lei civil e, quando o pedido fosse deferido, os interessados deveriam indicar, no requerimento, os apelidos da família a fim de que constasse no alvará e na escritura a conseqüente averbação a ser assentada no Registro do menor.

A segunda espécie de adoção atribuía ao adotando a desvinculação com os pais biológicos e parentes, salvo no que se refere aos impedimentos matrimoniais. Exigia-se, inclusive, um período de 01(um) ano de estágio de convivência do menor com os requerentes.

Cumprе ressaltar que a sentença concessiva da adoção *plena* tinha efeito constitutivo e deveria ser inscrita no Registro Civil mediante mandado, do qual não se fornecia certidão, tendo em mira que o registro original do menor era cancelado. Observamos, na oportunidade, que não é outra a orientação fornecida pela norma contida no artigo 47, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, senão esta. Finalmente, a adoção plena era irrevogável.

Hodiernamente, as bases jurídicas do instituto em estudo estão insculpidas na Constituição da República de 1988 em seu artigo 227, consagrando definitivamente o princípio da igualdade entre os filhos adotivos e os naturais.

Em seguida, instituiu-se, em 1990, a Lei 8.069/90, considerado mundialmente um dos mais avançados estatutos no que tange à infância e a adolescência. Ao tempo em que foram extintas as adoções simples e plena, deu-se origem, por meio da Lei referida, uma só que iguala os direitos entre filhos legítimos, ilegítimos e adotados.

O dito Estatuto prevê, finalmente, reais vantagens ao adotando, vez que este é concretamente seu objeto principal, de molde que todas as adoções passaram a ser regidas por este diploma legal, com exceção das dos maiores de 18 (dezoito) anos, cuja regulamentação encontra-se definida no Código Civil de 2002. Saliente-se, noutro vértice, que se o indivíduo contar com idade igual ou inferior a 18 (dezoito) anos, na data do pedido de adoção, ainda assim será tal

pleito regido pelas disposições da Lei 8069/90, conhecido no seio social como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Destarte, percebe-se perfeitamente que com o decurso do tempo tem-se conseguido relevantes modificações na seara da adoção, precipuamente no sentido de conseguir uma família para uma criança e não uma criança para satisfazer as necessidades de um casal sem filhos. Com efeito, os interesses do adotando estão, sobremaneira, num patamar mais elevado do que os dos adotantes.

1.3 Direito Comparado

Muito se discute nas mais diversas comunidades jurídicas, sobre as legislações que admitem a união entre homossexuais, bem como acerca da possibilidade de regulamentação legal desta nos países que não a reconhecem. E em virtude da crescente quantidade de pessoas que lutam por esse reconhecimento, que determinadas vozes se levantam a fim de sustentar a necessidade de proteção jurídica para os, atualmente denominados, casais homoafetivos.

Cabe frisar que as primeiras justificativas situam-se no âmbito da similaridade de características entre tal enlace (união homoafetiva) e as uniões heterossexuais quais sejam: convivência duradoura, mútuo compromisso emocional e financeiro e, sobretudo, o objetivo de constituir uma família.

Soma-se no mais, que a questão em destaque, diante da perplexidade que em regra causa nos tradicionalistas, se encontra em diferentes estágios ao redor do globo, conforme a cultura do seio social em que ela está inserida.

A desembargadora Maria Berenice Dias (*apud* Fernandes, *op. cit.*, p. 116), em seus estudos realizados sobre o tema, propõe uma classificação didática dos países, segundo o grau de liberdade e acolhida jurídica que os mesmos conferem às uniões homossexuais. Para tanto, aponta a autora o exemplo da cultura dos países Islâmicos e Mulçumanos, cuja repressão extrema ao homossexualismo, revela-se proveniente do apego aos usos e costumes que há milênios foram, e ainda são, proliferados por meio da religião.

Fala-se, outrossim, do caso do Afeganistão, cujas leis penais chegam a considerar a homossexualidade como crime, ao qual são cominadas sanções de multa, prisão, banimento e, até mesmo, a pena capital.

Outros países, a exemplo do Brasil, tidos como intermediários, tratam juridicamente o homossexualismo com indiferença, haja vista o Direito Positivado não fazer qualquer menção quanto à sua repressão nem tampouco à sua proteção. E é neste cenário que parcela de juristas inclinam-se ao posicionamento que se deve não só reconhecer-se, mas dar-se a devida proteção jurídica à união homoafetiva.

Enfim, existem países mais liberais, que a partir década de 80, intensificaram a proteção jurídica das mencionadas uniões. O primeiro país a reconhecer a união homoafetiva foi a Dinamarca, em 1989, através do Ato n. 372. A disciplina dessa legislação estabeleceu uma espécie de parceria registrada, isto é, um contrato registrado em cartório, entre pessoas do mesmo sexo, maiores e capazes, com força de regulamentar a vida em comum do casal homossexual. Referido pacto estipulava todos os direitos deferidos ao casamento tradicional, inclusive, o direito de um dos companheiros a adotar o filho do outro.

Outros países como a Noruega, em 1992, e a Bélgica, em 2003, embora com algumas restrições – a exemplo da possibilidade de adoção -, inspirando-se nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana passaram também a reconhecer a união homossexual.

Nos Estados Unidos, de outro lado, há posicionamentos divergentes sobre a questão. Dando uma idéia dos números, Ana Paula Ariston Barion Peres (2006, p.204) informa:

Nos Estados Unidos, estima-se que cerca de um milhão e meio a cinco milhões de crianças estejam sendo criadas por famílias homossexuais, ao passo que este número alcança o montante de seis a 14 milhões de crianças criadas por pelo menos um pai ou mãe homossexual.

Assim, alguns estados norte-americanos, por exemplo, vedam expressamente qualquer tipo de oficialização entre pessoas do mesmo sexo, enquanto outros, através de suas Supremas Cortes, têm viabilizado o casamento homossexual, como em Massachusetts, Havaí, Alaska e em Vermont. Frise-se que este último é o único a reconhecer, de forma plena, as uniões homossexuais como instituição familiar. Isso se deu por meio de uma Lei do ano de dois mil, que passou a vislumbrar nos casais homossexuais os mesmos atributos pertinentes às relações heterossexuais.

De igual modo, em janeiro de 2002, na Califórnia, entrou em vigor uma Lei que, além de permitir aos pares homoafetivos o direito de registrar a respectiva parceria doméstica, garantindo-se, ainda, a faculdade de poder-se adotar o filho do parceiro.

Um caso emblemático ocorreu na Pensilvânia, onde um Tribunal conferiu o direito a alimentos a uma lésbica. Esta mãe de pentagêmeos, provindos de uma

inseminação artificial, foi abandonada por sua parceira. Demonstra-se que, ao ser cominada a referida obrigação alargou-se o espaço de reflexão acerca da moderna noção de paternidade sócio-afetiva.

Os países considerados subdesenvolvidos surpreenderam positivamente, como no caso da África do Sul, primeiro país no mundo a elevar em nível de garantia constitucional fundamental, o direito a orientação sexual, proibindo qualquer tipo de discriminação. Israel, desde 1992, consagrou em lei a igual oportunidade de emprego, no sentido de eliminar a discriminação em relação ao homossexual frente ao mercado de trabalho. Na Suécia, em 1995, oficializaram-se os laços entre pessoas do mesmo sexo.

O Pacto Civil de Solidariedade – PACS, surgido na França, com a Lei 99-944, de 15 de novembro de 1999, alterou o Código Civil daquele país. Estabeleceu-se a alternativa, tanto aos casais heterossexuais como homossexuais, de poder formalizar um instrumento contratual registrável em cartório, apto a delimitar os direitos e deveres a serem observados na vida comum do casal, tanto em relação um ao outro, quanto em relação a terceiros. Alguns doutrinadores, entretanto, buscam uma reforma em tal legislação, vez que, ainda, certas adoções por casais homossexuais encontram obstáculos para se efetivarem, não restando outra alternativa a estes, senão a de omitirem sua opção sexual.

Dentre os países nórdicos, a Holanda, desde o ano de 2001, passou a admitir o casamento de pessoas de mesmo sexo. Não obstante, o direito adquirido para realização de casamento por homossexuais só é assegurado àqueles que preenchem alguns requisitos, como a nacionalidade holandesa ou, pelo menos possuírem, esses casais, residência no país. A Lei também permite a

adoção, desde que os adotandos sejam holandeses e que o casal conviva a pelo menos três anos.

A teor, Ana Paula Ariston (2006, p. 201) explica:

Em dezembro de 2000, a Holanda deu um grande passo na história, ao se tornar o primeiro país a aprovar uma lei que permite o casamento civil entre homossexuais, prevendo os mesmos direitos e deveres conferidos aos casais heterossexuais.

Na América Latina, apenas a Argentina, através de uma lei de Buenos Aires, regula a união civil entre casais homossexuais e heterossexuais. Todavia, mencionada legislação silencia-se quanto à possibilidade de adoção.

A Espanha avança no sentido de uma proteção mais geral da união homossexual, ao oportunizar o reconhecimento de alguns direitos aos homoafetivos. Explica-se: foi aprovado o projeto lei 13/2005, em junho de 2005, numa histórica e polêmica votação (187 votos a favor, 147 contra e 4 abstenções) modificando o Código Civil espanhol com vistas a permitir aos casais homossexuais o direito ao casamento e à adoção conjunta.

De toda sorte, a maior parte da doutrina e da jurisprudência, em todas as nações, posiciona-se acerca da igualdade entre todo ser humano, inclusive ao direito de se inserir uma criança ou adolescente em um lar.

CAPÍTULO 2 FAMÍLIA SUBSTITUTA.

Neste segundo capítulo, procurar-se-á discorrer sobre o histórico do modelo de família, fazendo uma retrospectiva sobre o desenvolvimento da família substituta, bem como, as modalidades de família substituta.

2.1 Histórico do Modelo de Família

Dentre as várias teorias que buscam explicar a origem do conceito de família, merece destaque aquela inserta na Bíblia e fundada no preceito judaico-cristão pelo qual Deus teria feito o homem e a mulher, um para o outro, e os mandado crescer e se multiplicar (Gn. 1:27-28).

A passagem bíblica suso mencionada ilustra a idéia de família como uma instituição político-religiosa, cujo objetivo era a procriação e a concentração e transmissão do patrimônio. Por muitos anos, foi a referência a tal preceito que justificou o modelo patriarcal de casamento, pelo qual a mulher era tratada, unicamente, como instrumento de reprodução para a continuidade da espécie.

Nessa época, a maior parte da população ocupava a zona rural e a família tinha o papel de unidade de produção em si mesma, razão por que imaginavam que a procriação poderia fomentar-lhes melhores condições de vida. Na esteira dessa crença, expandiram o alcance do termo família para além de pais e filhos, englobando parentes e demais agregados.

Com o passar do tempo, porém, a população foi se deslocando do campo para as cidades. Adveio a Revolução Industrial, que operou entre tantas outras

uma gradativa modificação no seio familiar, proporcionando à mulher um novo papel perante a sociedade, mediante sua introdução no mercado de trabalho.

No Brasil, o modelo familiar que perdurou até meados do século XX foi notadamente a organização institucional da família romana, em que o casamento importava a conjunção do patrimônio dos nubentes, o qual ficava aos cuidados e administração do *pater*. Tanto assim que, as Constituições de 1824 e de 1891 sequer fizeram referência à família ou ao casamento, que somente em 1934 mereceu a tutela constitucional, a despeito de seus integrantes, como pessoas, mesmo nessa carta, não gozarem de proteção jurídica.

Com a evolução da sociedade; conseqüentemente houve modificações no comportamento humano. O homem passou a questionar os rígidos padrões ditados pela Igreja e pressionou o Estado a uma tomada de posição a favor da liberdade social, política e religiosa, direcionando o Direito à tutela e proteção das novas situações vivenciadas cotidianamente, tais como o advento das famílias alternativas.

Desta feita, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, todos os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos tendo suas individualidades respeitadas.

Hodiernamente, ao lado da formação familiar ortodoxa composta por pai, mãe e filhos, verifica-se o crescimento de modelos familiares alternativos, a exemplo da família monoparental, formada por um dos pais e o filho; daquela constituída apenas por irmãos ou primos; das formadas entre tios e sobrinhos ou avós e netos; e, por que não?, da família formada por homossexuais, sem filhos, com filhos de um deles ou até com filhos adotados por qualquer dos dois.

Pela atual conjuntura social, fica difícil represar num determinado conceito os vários aspectos da chamada família moderna. O que se pode afirmar, ao certo, é que nunca antes, em qualquer outro momento da história, os sentimentos e afetos foram expressos com tamanha verdade e consciência, não obstante a repressão ou o julgo familiar ou social e, a despeito do preconceito que ainda perdura, presentes o amor e o afeto, todas as formações humanas que cumprem uma função familiar no seu dia a dia, fazem jus a serem reconhecidas como entidades familiares.

A esse respeito, Fernandinho Martins (2002,P.01)

[...] Formas de relacionamento novas resultam em arranjos inéditos, o que significa que a partir de agora o afeto vale muito mais do que laços burocráticos. A possibilidade de escolher as pessoas com quem se quer viver – a chamada “nova família” – abre um leque variado de combinações possíveis em que o amor parece ser a chave do relacionamento.

A partir de então, o conceito de família foi ampliado, reconhecendo-se a possibilidade de sua origem na informalidade, na uniparentalidade e, principalmente no afeto. A família de hoje é considerada a célula *mater* da sociedade, tendo em vista não ser apenas uma instituição decorrente do matrimônio, ou, se limitar a função meramente econômica, política ou religiosa, mas, sobretudo significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros. Graças a essa repersonalização da entidade familiar, é que filhos adotados ou havidos fora do casamento têm os mesmos direitos, assim como os casais quem vivem em união estável possuem o mesmo amparo legal daqueles que se encontram casados.

Bem resumiu Jane Justina Maschio (2002, p. 01), as diversas formas que o ser humano consegue se reunir, hoje em dia, em torno do afeto:

A liberação sexual, sem dúvida, em muito contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento para uma vida sexual plena. (...) O objetivo dessa união não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto, o prazer sexual. Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente são impossíveis duas pessoas do mesmo sexo gerar filhos, agora, como o novo paradigma para a formação da família – o amor, em vez da prole – os “casais” não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexos diferentes.

Segundo Maria Berenice Dias (1999,p.88), um conceito moderno de família é:

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.

Constata-se que, a família não está em crise, como muito se escuta dizer, mas se encontra em um processo de transformação diante das inúmeras mudanças sociais. Cada nuance existente na sociedade precisa de uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível.

A teor, pronuncia-se Enézio de Deus (artigo: Decisões Judiciais Inéditas viabilizam Adoção por Casais Homossexuais no Brasil, 2005)

Além de desaconselhado diferenciar onde o legislador não o faz (como na ampla caracterização de família substituta e de casal, consoante no Estatuto da Criança e do Adolescente, não restringe quanto a orientação sexual), é importante sintonizar a prestação jurisdicional como os avanços sociais, para além dos subjetivismos (dos temores injustificados) ou dos preconceitos, que têm determinado o indeferimento, de plano, das petições iniciais formuladas por pares homossexuais, que desejam oferecer uma segurança jurídica maior aos menores e lhes educarem juntos.

Nesse diapasão, percebe-se que a legislação precisa acompanhar as transformações sociais, barrando os preconceitos e mitos que estão impregnados nas leis ultrapassadas e vetustas.

2.2 Retrospectiva sobre o desenvolvimento da Família Substituta

A história da família substituta é quase tão antiga quanto à humanidade. Brota do espírito de solidariedade enrustido no ser humano e se destina a suprir as mais diversas possibilidades de ausência da família natural.

Prevalente que a regra é a permanência dos filhos junto aos pais biológicos, no entanto, há situações que obrigam o distanciamento do infante, provisória ou definitivamente, dos seus genitores. Tais situações delineiam-se até mesmo nas fábulas e lendas que durante séculos foram contadas de pai para filho, perpetuando a idéia de adoção e família substituta como caractere social. Veja-se a exemplo a fábula dos irmãos Rômulo e Remo, criados por uma Loba; ou a história do *lord* inglês que foi cuidado por gorilas; a lenda de Mogli, o menino das selvas; e a milenar história de Moisés, que sem saber, foi criado como herdeiro do faraó, sendo filho de escravos.

Pungente, pois, na história do homem e na sua imaginação, inúmeros casos de família substituta; podendo-se constatar, sobremaneira, nos exemplos acima mencionados a facilidade e a perfeita adequação da criança à família que a recebe, compartilhando seus costumes e os adotando para si. Ademais, percebe-se uma acentuada relação afetiva entre a família substituta e a criança, em que pese às diferenças aparentemente intransponíveis, quais sejam, a irracionalidade ou a realeza.

Esse aspecto - a fácil adequação - mais do que presente em fábulas ou lendas, é comprovado pela realidade atual, que mostra com muito vigor, cada vez mais, circunstâncias e situações como a pobreza e o abandono, de que exsurge a família substituta como única solução possível.

Rodrigo da Cunha Pereira (2000, p.585) preleciona acerca do assunto:

As famílias substitutas e os pais sócios cumprem também a função de suprir o desamparo e abandono, ou pelo menos parte dele, das crianças e adolescentes que não tiveram o amparo dos pais biológicos. Assim podemos dizer que o ECA, além de ser um texto normativo, constitui também em uma esperança de preenchimento e respostas às várias formas de abandono social psíquicos de milhares de crianças.

2.3 Modalidades de Família Substituta

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança e ao adolescente, 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 colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança é incisivo ao afirmar no seu art. 6º que:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.

Neste mesmo sentido, posicionam-se a Carta Magna de 1988, em seu art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 19, quando garantem a toda criança e a todo adolescente o direito à convivência familiar, ou melhor, o direito de ser criado e educado no seio de uma família.

A fim de proporcionar essa convivência familiar, em todas as situações possíveis, encontra-se nas correntes doutrinárias o sentido da Família Substituta, como sendo aquela que se propõe a trazer para dentro de sua casa uma criança ou um adolescente, tornando-o uma parte integrante daquele núcleo familiar com os mesmos direitos do filho de sangue, do filho natural.

Esse indivíduo, então, passará a ser membro da família que o acolhe, que lhe proporciona um lar, amor, respeito e todos os benefícios que possam ser auferidos a ele, sobretudo, a efetivação de sua cidadania.

Como já explanado no item anterior, não há discussão a respeito disso, o ideal é que os filhos vivam em companhia de seus pais biológicos, todavia, não pode a sociedade se furtar de reconhecer a necessidade da colação em família substituta, quando a situação fática aponta para ela como solução mais acertada para o filho.

No mais das vezes a situação motivadora do afastamento da criança ou adolescente de sua família natural é causada pelos próprios pais que os abandonam à própria sorte, restando a imperiosa necessidade de inserí-los em outra entidade familiar, a substituta, que objetiva suprir, em tese, todos ou parte dos encargos relegados pelos pais biológicos.

A colocação em família substituta não foi uma inovação do ECA, posto que a Lei nº. 6.697/79 (Código de Menores), já a estabelecia sob as modalidades de delegação do pátrio poder, guarda, tutela, adoção simples e adoção plena.

Hodiernamente, seguindo a linha do revogado Código, a colocação em lar substituto permanece com a natureza jurídica de medida de proteção (art. 101, VIII do ECA e art. 14 do Código de Menores), no entanto, possui apenas três modalidades: a tutela e a guarda, que possuem caráter provisório; e adoção que possui caráter definitivo. Mister frisar a impossibilidade de colocação em família substituta por meios outros que não os previstos no artigo 28 do ECA, já mencionados acima.

A guarda, que é a modalidade mais simples de colocação em família substituta, não retira o poder familiar dos pais sangüíneos, diferentemente da tutela que pressupõe a suspensão ou mesmo a destituição do poder familiar, conforme o parágrafo único do artigo 36 do ECA.

A adoção, modalidade juridicamente mais complexa de colocação em família substituta, tem como conseqüência o rompimento dos vínculos de parentesco com a família natural, exigindo a destituição do poder familiar. Os requisitos gerais para o deferimento da guarda, da tutela ou da adoção, isto é, os pressupostos para o deferimento da colocação em família substituta, estão elencados nos artigos 28 e seguintes do ECA.

A propósito, esses artigos norteiam a finalidade assistencial do instituto quando determinam a oitiva da criança ou do adolescente (art. 28, §1º); a observância da relação de parentesco e afinidade ou afetividade entre o pretendo guardião e o menor (art. 28, §2º); a possibilidade de indeferimento da medida no caso de incompatibilidade ou ambiente inadequado (art.29); a proibição da guarda para terceiros ou entidades sem autorização judicial (art.30); a excepcional idade da adoção internacional como medida, não sendo cabível o deferimento de guarda provisória ou definitiva para estrangeiros não residentes no Brasil (art. 31); e a formalidade de um compromisso firmado, mediante termo lavrado nos autos e registrado em Cartório em livro próprio (art. 32).

O instituto da adoção insere a criança ou o adolescente como membro da família, e, nesse caso, a proteção será muito mais integral. Através dela o(s) adotante(s) exercerá(ão) a paternidade em sua forma mais ampla, a paternidade do amor e do afeto. É a chamada paternidade escolhida, que nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, é a verdadeira paternidade, haja vista estar ligada a escolha, ao desejo.

A adoção não se direciona a preencher as expectativas de pessoas impossibilitadas de gerar filhos naturais, completando assim a família; Na maioria dos casos, dá-se ao contrário, a escolha é realizada pela criança ou adolescente, e nesse processo é que entra um ingrediente indispensável: o amor, a vontade de ser feliz.

Assim posiciona-se Lucia Maria de Paula Freitas (2001, p.153):

[...] que a adoção é sempre via de mão dupla, que pais e filhos se adotam e não os pais aos filhos e que essa relação de troca vai-se dando na órbita familiar mais ampla.

Em síntese, é preciso construir uma base sólida, em que o sentimento será a pilastra de sustentação do mandamento constitucional do art. 227, § 6º, que, ademais, proíbe qualquer discriminação com relação à origem dos filhos, sabendo-se que só se efetivará a adoção quando houver a troca de sentimento entre todos os membros da nova família.

CAPÍTULO 3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Procura-se neste terceiro capítulo discorrer sobre o conceito e natureza jurídica, legitimidade, requisitos para adotar, os requisitos instituídos pelo novo código civil e pelo ECA, heterossexualidade é requisito para adotar?, há possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo?.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

A adoção é um vínculo jurídico através do qual uma pessoa ou um casal assume como filho uma criança ou adolescente gerando por outras pessoas, tornando filho pela lei e pelo afeto. O próprio termo, adoção, origina-se do latim, *adoptio*, que significa tomar alguém como filho.

Para compreender o instituto da adoção é fundamental indagar o seu conceito. A Lei 8.069/90 traz, em seu bojo, apenas três meios de inserção de um indivíduo em família substituta: a adoção, a guarda e a tutela.

A presente pesquisa delimita-se ao instituto da adoção, por isso, destacar-se-á alguns conceitos referentes ao mesmo.

Arnaldo Wald (1991, p.183) conceitua a adoção como "um ato bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para os quais tal relação inexistente naturalmente".

Elucida Sílvio Salvo Venosa (2004, p. 367) que "a adoção é uma modalidade artificial que busca imitar a filiação natural".

Segundo Maria Helena Diniz (2004, p. 448) o instituto da adoção é "o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece,

independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha".

Em obra sobre o Direito da Infância e Juventude, José de Farias Tavares(2001, p.151-152) conceitua o ato de adotar como ato judicial complexo (...) que transforma, por ficção jurídica, sob total discricção, um estranho em filho do adotante, para todos os fins de direito e para sempre.

Apesar dos conceitos serem diversos, todos conflui a um ponto comum: a criação de vínculo jurídico de filiação.

A adoção é, portanto, o vínculo de parentesco civil que estabelece, entre adotante e adotado, um liame civil irrevogável e definitivo de paternidade e filiação, com todos os efeitos legais, capaz de desligar o adotado de qualquer vínculo com os pais biológicos, exceto com relação aos impedimentos matrimoniais.

Sobre a natureza jurídica da adoção, a doutrina divide-se em cinco correntes. A primeira defende a adoção como uma instituição; a segunda a entende como um ato jurídico; a terceira explica a adoção como de natureza híbrida; a quarta vê no instituto um contrato; a quinta corrente conceitua a adoção como um ato complexo.

Porém, em face do foco deste trabalho, far-se-á um delineamento apenas acerca das características da quarta e quinta correntes.

A corrente que via na adoção um legítimo contrato era acolhida pela maioria dos civilistas no século XIX e estruturava-se, essencialmente, no argumento da predominância de manifestação da vontade dos envolvidos no ato.

Vale dizer, por oportuno, que o Código Civil de 1916 recepcionava em seu texto tal corrente.

Entretanto, sob a ótica de que a adoção não possui conteúdo econômico, nem tampouco permite a mesma liberdade de pactuar verificada nos contratos em geral, ocorreu um verdadeiro abandono dessa teoria.

A outra corrente leciona, como visto acima, ser a adoção verdadeiro ato complexo, tendo em mira que, para a prática deste, concorrem os interessados e o Estado. Assim, na concepção dos que assumem esse entendimento, dois são os momentos verificados na formalização do ato. O primeiro é percebido na fase postulatória, através da manifestação de vontade das partes envolvidas; o segundo revela-se na oportunidade em que o Poder Público intervém, deliberando, através de competente sentença, acerca da conveniência ou não da adoção.

3.2 Legitimidade

O Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Código Civil, determinam que só as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos detêm legitimidade para adotar. Entretanto, vale lembrar que essa legitimidade (ativa) reclama outros requisitos. Isso porque determinadas pessoas, conforme a posição jurídica frente ao adotando, estão impedidas de celebrar, validamente, o ato de adotar, mesmo que comprovem tal maioridade.

Fala-se, neste sentido, em impedimento parcial e total. O primeiro, refere-se às figuras do tutor e do curador, que só serão legítimos adotantes após a exoneração do respectivo múnus público. Daí denominar-se parcial.

O impedimento total, a seu turno, recebe essa nomenclatura em vista da previsão de impossibilidade definitiva que recai sobre pessoas específicas para a prática do ato de adotar. Cita-se o caso da restrição contida no § 2º, do art. 42, do ECA, que proíbe, de forma perpétua, os ascendentes e irmãos do adotando de adotá-lo. Tem-se, destarte, que se trata de proibição total.

Noutro lado, com o advento da nova ordem constitucional de 1988 não há se falar em qualquer restrição no que tange a sexo, cor, religião, situação financeira, preferência sexual, sob pena de manifesta afronta dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Em sede de legitimidade passiva, estatui-se que todas as crianças e adolescentes que não possuam família natural podem ser adotadas. Diz-se, ao mais, não só essas, mas qualquer uma cuja impossibilidade de reintegração ao seio familiar primitivo seja verificada.

Assim, da ordem de exigências acima expendidas, infere-se inexistir qualquer impedimento legal capaz de restringir a adoção por homossexuais. É dizer, ao contrário, a consagração dos direitos fundamentais, precisamente através do princípio da igualdade da pessoa humana, faz levar o raciocínio que seja ao entendimento de que tal modalidade de adoção não é apenas permitida, mas deve, sobretudo em função de sua relevância jurídica, ser protegida legalmente.

3.3 Requisitos para adotar

3.3.1 Os requisitos instituídos pelo Novo Código Civil e pelo ECA

O novo Código Civil estabelece que o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e de adolescentes como, inclusive, a de maiores. Obviamente, diante do caráter eminentemente público desta espécie de ato, é exigido procedimento judicial em ambos os casos.

Some-se que a adoção tem natureza jurídica de negócio bilateral e solene. Seus principais requisitos são: a) idade mínima de dezoito anos para o adotante; b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando; c) consentimento dos pais ou representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância do adotando, se contar com mais de doze anos; e) processo judicial; f) e efetivo benefício ao adotante. Todavia, cabe frisar, com relação ao mencionado consentimento, não será este exigido à criança ou ao adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou que não mais possuam o poder familiar.

Ainda, tem-se que a adoção por ambos os cônjuges ou companheiros só poderá ser formalizada desde que um deles tenha dezoito anos de idade e seja comprovada estabilidade da família. Seguindo a linha de exigências, dispõe o art. 1.622, do Código Civil:

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Para a adoção por tutores e curadores, lembre-se, é necessária a exoneração do múnus público, que só se dará com prestação de contas da respectiva administração e o pagamento de eventual saldo devedor.

Releva notar, desde logo, que, em todos os casos, a morte do adotante não tem o condão de restaurar o poder familiar dos pais naturais, caso em que o adotado ficará sob tutela.

No tocante aos principais efeitos da adoção, costuma-se dividi-los em efeitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial. Os de ordem pessoal estão relacionados ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; os de ordem patrimonial concernem aos alimentos e ao direito sucessório.

Outro ponto importante é que com a adoção o filho adotivo passa a ser equiparado ao consangüíneo sob todos os aspectos, haja vista que fica agora sujeito ao poder familiar dos adotantes. Desse modo, a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Noutro passo, se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, permanecem inalterados os vínculos de filiação entre o adotado e seu pai ou mãe natural.

Frisa-se, enfim, que as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, mas também entre aquele e os descendentes deste, bem como entre o adotado e todos os parentes do adotante.

É de consignar-se, ainda, que, em função da impossibilidade de impugnação do reconhecimento da adoção por parte do adotante, é considerado ineficaz qualquer termo ou condição que venha a subordinar tal ato. Em se tratando de filho maior, este, não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, assim como o menor pode impugnar tal reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem a sua maioridade, ou a sua emancipação.

No mesmo diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, prevê, inicialmente, os seguintes requisitos para a prática do ato de adotar: capacidade do adotante, ser este maior de 21 (vinte e um) anos e contar com uma diferença de idade de 16 (dezesesseis) anos em relação ao adotado. Sobre essas premissas elencadas, coloca-se em breve evidência a que faz menção a maioridade. Neste sentido, dispõe o art. 42 do retrocitado Estatuto: “podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil”.

No entanto, salienta-se ser intuitivo que mencionada exigência quanto à maioridade do adotante está expressamente revogada pelas disposições do Novo Diploma Civil. Como se sabe desde a entrada em vigor de tão importante Lei, os maiores de 18 (dezoito) anos passaram a ter capacidade para prática de todos os atos da vida civil, de modo que afastada está, definitivamente, qualquer interpretação extensiva neste campo, vez que se trata de matéria restritiva de direito.

Inobstante as restrições mencionadas, tem-se, haja vista o enfoque social dado ao instituto da adoção por meio da nova ordem surgida com a Constituição da República de 1988, que uma das mais distintas regras a serem observadas é a contida no art. 43, ainda da Lei 8069/90, que estabelece: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Dessume-se, por conseguinte, que o norte apresentado pelo legislador aponta para a concreta tutela dos interesses da pessoa que venha a ser adotada.

Assim, na ótica da referida legislação, tal instituto tem por objeto primordial solucionar o problema da paternidade irresponsável, bem como o do menor desassistido. Neste sentido, em face da ausência dos pais biológicos ou pela

destituição do correspondente pátrio poder ou, ainda, quando tais genitores autorizarem o pedido de adoção, depreende-se que deve ser ela autorizada.

3.3.2 Heterossexualidade é requisito para adotar?

Sobre a temática, há posicionamentos divergentes, dos quais se sobressai o entendimento de que a heterossexualidade é uma espécie de requisito subjetivo para adotar.

Daí alguns doutrinadores defenderem a corrente que apregoa não ser possível a adoção requerida por casais homossexuais. Os fundamentos relacionam-se, em suma, com as questões de ordem moral e de melhor ambiente para o desenvolvimento do adotando.

Vejamos o posicionamento de Arnaldo Marmitt (1993 , p,112, 113):

Se de um lado não há impedimento contra o impotente, não vale o mesmo quanto aos travestis, aos homossexuais, às lésbicas, às sádicas, etc., sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condiz mais com o aspecto moral, natural e educativo" (Arnaldo Marmitt, em seu livro *Adoção*, num capítulo denominado *Adoção por pessoas contra-indicadas*).

No mesmo sentido, corrobora que os homossexuais tenham um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe, tal adoção poderia acarretar risco ao bem estar psicológico do adotado.

Senão vejamos o entendimento de Fernanda de Almeida Brito (2005, p, 55)

No caso de dois homossexuais que vivam juntos, muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotado teria um referencial desvirtuado do papel de pai e de mãe, além de

problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros, acarretando um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar.

Entretanto, cabe o registro de que, sobre os entendimentos acima transcritos, Maria Berenice Dias, *a contrario sensu*, não vê nas suas justificativas motivos suficientes para barrar o pedido de adoção por casais homossexuais.

Argumenta a ilustre Desembargadora que, se o legislador se preocupasse com tais questões, estas deveriam ter impedido o mesmo de promulgar a Lei do Divórcio, vez que, mencionada legislação prevê, por exemplo, que: “separados os pais, a criança passará a viver com apenas um dos genitores”. Assim, se nesta hipótese o legislador não anteviu qualquer prejuízo para a pessoa que passasse a conviver com somente um dos consortes, e conseqüentemente sob a responsabilidade de “um só sexo”, por que veria o mesmo prejuízo na adoção por homossexuais sob tal fundamento.

A teor, veja-se o que a referida especialista informa (2000, p. 07):

A faculdade de adotar é outorgada tanto ao homem como à mulher, bem como a ambos conjunta ou isoladamente. Nada tem a ver com a opção de vida de quem quer adotar, bastando que sejam preenchidos os requisitos postos nos arts. 39 e seguintes.

Defendendo ainda a possibilidade da adoção por casais homossexuais podemos encontrar Dr. Paulo D. Lopes Angélio, MM. Juiz da 3ª Vara Cível de Pouso Alegre/MG *in* Boletim Universitário do 3º Simpósio da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Inovações no Direito material Civil: “União entre Homossexuais”:

[...] Em relação ao homossexualismo não existe nada no ordenamento jurídico que proíba ou permita a adoção pelo ‘gay’.

O que existe, em princípio, é projeto de Marta Suplicy, então deputada federal, que visa regularizar a união entre pessoas do mesmo sexo, hoje em tramitação no Congresso Nacional.

E continua o MM. Juiz enfatizando o princípio da isonomia, a saber, que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, leia:

[...] deve-se manejar a CF/88, repetindo o artigo 227, §§5º e 6º, o qual trata especificamente da adoção, conjugando-o com o artigo 5º 'caput' prevendo este último dispositivo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, quando se buscou eliminar as práticas discriminatórias.

Alguns psicanalistas defendem que a homossexualidade deve ser tratada com tranqüilidade, afastando a idéia de transgressão. Todavia, a tendência é aquela de se permitir a adoção gay (homossexual), cujos requisitos objetivos e subjetivos a serem apreciados, serão os mesmos que imperam para os heterossexuais. Em razão disto, exigir-se-á a intervenção de equipe interprofissional, composta por assistentes sociais e psicólogos, que fornecerão rigoroso estudo sócio-psicológico do caso, dando uma radiografia do comportamento do adotante ou adotantes homossexuais na comunidade a que pertençam. O que se condenaria, impedindo o deferimento da adoção, seria o comportamento desajustado do homossexual, não importando a sua homossexualidade.

Não se perca de vista, contudo, que deferida a adoção pelo E.C.A. ou por força de seus dispositivos, ela tem caráter irrevogável, constituindo-se de forma plena. Conquanto se reconheça que a família substituta que se oferece ao adotando, composta por homossexual ou homossexuais, foge ao conceito tradicional de família, formada naturalmente por um homem e uma mulher pai e

mãe, biológicos ou não. Não se ignore que estamos também tratando do destino de milhares ou milhões de crianças, sem-teto, sem família, sem futuro, condenados a viverem sob total abandono, perambulando pelas ruas, ao relento, pelos morros e favelas, praticamente alijados do menor conforto ou carinho, aconchegados apenas pelo ar tenebroso da violência endêmica. Afastá-las desse mal não seria vantajoso e moralmente legítimo, mesmo que pelas mãos de um homossexual, porém superior no gesto 'humanitário de adotar'.

3.3.3 Há possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo?

Esta questão tem sido alvo de discussão em toda a doutrina internacional, seja a dos países mais tradicionalistas, seja a dos países mais receptivos às mudanças que freqüentemente emergem das relações interpessoais.

Preambularmente, deve-se deixar consignado que não há nenhum dispositivo legal a impedir a adoção em razão da opção sexual do adotante.

De toda sorte, durante muito tempo os pedidos de adoção por homossexuais foram indeferidos e/ou improcedentes, em vista do argumento, simplista, de que uma convivência doméstica dessa natureza, considerada por muitos "anormal", impediria um bom desenvolvimento da criança e do adolescente como pessoa.

Questiona-se, o seguinte: ser homossexual é ser anormal? É ter uma conduta desvirtuada?

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 29, prioriza a existência de reais vantagens para o adotando, quando em seu texto preceitua: não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer

modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

O supra citado artigo traz em seu bojo a expressão “ambiente familiar adequado”, cuja significância abrange desde os princípios morais, que devem reger a educação de uma criança até o que a sociedade chama de bons costumes, necessários à aceitação futura do adotado pelo meio.

Observe-se que, é conseqüência de indeferimento da adoção requisitada por pessoas que não apresentem formação moral adequada, haja vista desvirtuar o que impõe o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber, o dever de assistência moral ao adotando. Não obstante, é inaceitável que a sociedade prejudique, pelo tão só fato de serem os adotantes homossexuais, que os mesmos desfrutam de vida promíscua e desregrada, amparando-se nisso e no dispositivo supra citado para indeferir-lhes o pedido de adoção.

A visão que a sociedade tem a respeito dessa relação homoafetiva, no entanto, é caricaturada por séculos de discriminação e preconceito, podendo-se afirmar que, diferentemente de suas crenças, casais homoafetivos, tanto quanto, casais heterossexuais possuem parceiros fixos, são fiéis um ao outro e buscam viver de maneira íntegra e harmônica em seus lares.

A adoção, na esteira dos artigos 29 e 33 do ECA, só será deferida àqueles que, comprovadamente, possuam comportamentos compatíveis com a natureza do instituto analisado, que apresentem conduta adequada e condições psicossociais de criar e educar uma criança ou adolescente.

Nesse sentido se expressa Maria Berenise Dias (2001, p.12):

A priori, não se pode declarar ser o ambiente familiar inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja incompatível.

Dita postura revela-se nitidamente preconceituosa, e, conforme lembra a autora supra mencionada, as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores.

Ademais, o deferimento de colocação em família substituta não depende da orientação sexual, mas da conduta moral daqueles que almejam constituir uma família. Nesse entendimento, João Batispta Vilela (2003, p.10), comentando o caso do menino Chicão, filho da cantora Cássia Eller, afirmou que diariamente nas Varas da Infância e Juventude são decididos casos semelhantes, que apenas por se tratar de uma pessoa pública, a mídia alardeou como “decisão inédita” a concessão à companheira da cantora, Maria Eugênia, da guarda do filho de sua parceira falecida.

Senão, veja-se o posicionamento do referido autor(2003, p. 10):

Não é a preferência erótica do guardião ou da guardiã que o juiz se funda para atribuir ou manter a guarda e, sim, nas qualidades morais e nas condições materiais de quem a pretenda. Faltassem a Eugênia atributos adequados e Chicão teria de ser afastado de sua companhia, mesmo em vida de Cássia.

De fato, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, os entendimentos jurídicos foram se adequando às novas realidades, inclusive concedendo adoções independentemente da opção sexual do adotante, haja vista priorizarem, as decisões, os interesses do adotando. Ademais os estudos e

pareceres psicológicos e psiquiátricos, já relatam que a orientação sexual dos pais não influencia a dos filhos.

Conforme, cita Maria Berenice Dias (2000, p. 09):

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudadas a prole de famílias não-convencionais, filhos de *hippies* e de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais *gays*. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. *Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras e os meninos tão masculinos quanto os demais.*

Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais.

Veja o entendimento de Maria Berenice Dias (2000, p. 10):

Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas nos papéis maternos quanto as heterossexuais. Com a devida estimulação, por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais, não havendo sido encontradas evidências de investidas incestuosas para com os filhos.

Igualmente não foram detectadas diferenças na identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole, ainda, posiciona-se, Maria Berenice (2000, p.10):

Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo que eram, e nenhuma preferia ser do sexo oposto. O estudo conclui: A criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a um desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui um fator de risco psiquiátrico.

Diante de tal informação, resta provado que, argumentos em que se fundam as negativas de adoção por casais homoafetivos, a saber, a influência desta condição na opção sexual do menor adotando e o prejuízo no seu desenvolvimento psicológico e social, tornam-se ineficazes. Psicólogos e psicanalistas encaram a questão com naturalidade.

A esse respeito, Flavia Ferreira Pinto (2005), informa:

Parece-me que uma primeira 'preocupação' apontada quando se fala em adoção por homossexuais diz respeito à possibilidade da opção sexual dos pais vir a influenciar a dos filhos. Em primeiro lugar, acredito que devemos pensar no fato de que quase a totalidade de homossexuais vem de um núcleo familiar se não tradicional, pelo menos heterossexual. Se a expressão erótica dos pais influenciasse necessariamente a dos filhos, isso não aconteceria.

Uma segunda preocupação, conforme a autora supracitada, seria acerca da identificação que ocorre dos filhos para com os pais, veja-se:

Em segundo lugar, a identificação que ocorre dos filhos para com os pais geralmente do mesmo sexo não tem a ver diretamente com o sexo em si, mas sim com a função que ele exerce⁽¹⁰³⁾. Obviamente de maneira geral tendemos a 'colar' o materno e feminino na mãe e o paterno e masculino no pai, mas muitas vezes até mesmo em famílias que apresentam um esquema tradicional, o pai assume a função materna e a mãe a função paterna, sem que isso prejudique o desenvolvimento ou influencie a expressão sexual ou erótica dos filhos. [...] (Flavia Ferreira Pinto, Artigo Adoção por homossexuais).

Sob essa perspectiva, calha lembrar, ainda, as palavras de Tereza Rodriguez Vieira (2005, p. 14), que, de forma eloqüente, assim ensina:

A paternidade ou maternidade é, antes de tudo, uma “função”, um papel que se exerce, não sendo vinculada, necessariamente, ao sexo dos pais. Um pai pode funcionar como pai e mãe; a mãe – e isso é tão comum no Brasil – que cria os filhos, sozinha, exerce o papel feminino, de mãe, e o masculino, de pai.

Subtraindo-se os métodos de inseminação artificial, ‘barrigas de aluguel’ e quaisquer outros métodos artificiais que se possa lembrar, pessoas do mesmo sexo não podem juntas produzir filhos e, do outro lado da moeda, outras pessoas, de sexos diferentes, mas que não podem ou não querem filhos que produziram por métodos não artificiais entregam essas mesmas crianças à adoção. Temos, assim, milhares de crianças carentes de um lar de um lado e provavelmente a mesma quantidade de homossexuais querendo ter filhos.

Sob essa nova ótica e considerando os princípios da dignidade humana, igualdade e não discriminação, os Tribunais passaram a conceder as adoções. Abaixo, acórdão (TRRJ – Apelação Cível nº. 14.979/98 – Rel. Dês. Severino Aragão) sobre o tema:

Adoção. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância.

Fora julgado no mesmo ano de 1998 no Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, outro processo que concedia adoção por homossexual. A decisão teve como relator o Des. Jorge Miranda Magalhães, na ementa citou, motivando a concessão, trecho do depoimento da criança que, com dez anos de idade, à época, disse ter “orgulho de ter um pai e uma família já que abandonado pelos genitores com um ano de idade”. (Ap. Cível nº. 143322/98).

Duas recentes decisões judiciais brasileiras possibilitaram a adoção homoafetiva biparental, a primeira abertura do Poder Judiciário foi vislumbrada na cidade de Catanduva-SP, quando o MM. Juiz Dr. Julio César Spoladore Domingos, aceitou que dois homens entrassem na fila de espera de pais adotivos em 2004, visto que já conviviam a mais de dez anos, em união afetiva estável. Tanto este juiz como o Ministério Público, dentre outros fundamentos para aceitação, orientaram-se pela resolução nº. 01/99, do Conselho Federal de Psicologia que, veda qualquer tipo de tratamento discriminatório com relação à homossexualidade, mencionando que esta não se trata de doença, desvio ou distorção e que, por isso, os profissionais da Psicologia não devem colaborar com qualquer serviço que proponham tratamento das homossexualidades.

A segunda abertura judicial se deu na cidade Bagé/RS, quando o MM. Juiz Dr. Marcos Danilo Edson Franco, possibilitou a adoção legal de filiação, através da adoção, de duas mulheres para com dois menores, mesmo contrário a posição do Ministério Público da comarca em questão, ao vislumbrar, de modo literal, a legislação brasileira.

Ainda, a respeito da decisão mencionada, o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos baseou-se na união estável do casal, senão leia-se:

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantém uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Ademais, o vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul , através da sua Sétima Câmara Cível, negou provimento, por unanimidade, à

Apelação Cível interposta pelo Ministério Público (Processo. Nº. 70013801592).

Leia-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE 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.

Fatos dessa natureza, em que o ordenamento jurídico pátrio baseou-se, para se posicionar, mais no interesse do adotando do que em padrões sociais vetustos, podem significar a solução para o problema do abandono e da exclusão de menores.

Ademais, o art. 4º da Lei 8.069/90 impõe à família, à sociedade e ao Poder Público a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais à criança ou ao adolescente, assegurando a esse um lar, não importando a preferência sexual daqueles que os acolhe como membro de suas famílias, pelo que se entende, deve ser plenamente aceita a adoção por casais homossexuais.

Como não podia deixar de ser, caminha-se a passos pequenos neste terreno. Mas, diga-se, as pessoas vão demonstrando cada vez mais o interesse na luta pela igualdade de direitos, dentre os quais se insere o de efetivo

reconhecimento jurídico das uniões homossexuais, situação de fato inegavelmente presente na grande maioria das sociedades.

Sabe-se que a sociedade brasileira ainda tem preconceito em relação a essa matéria. Todavia, não é raro de acontecer que, diante de um caso específico, a maioria das pessoas, numa real “sede” de justiça, posicionam-se sempre no sentido de que deve ser resguardado, indubitavelmente, o interesse do adotando, pouco importando quem deseja adotá-lo.

Veja-se, por oportuno, o exemplo do programa de televisão *Você Decide*, da Rede Globo de televisão, exibido no dia 10 de agosto de 2000, em que o público de todo o país votou a favor de um casal de mulheres que desejava constituir uma família. O placar deste programa obteve uma maioria significativa. Foram 63.649 votos contra o desejo das mulheres homossexuais de terem este filho, contra 100.547 votos à favor da decisão delas de criarem uma criança, ou seja, cerca de 61,2% dos telespectadores votaram à favor do casal. Observe-se a grande quantidade de telespectadores que ligaram para votar, pois foram 164.196 votos, o que é uma amostragem razoável e que permite dizer que a população brasileira aceita bem a homossexualidade, e mais, aceita que crianças sejam criadas por casais homossexuais.

Na mesma emissora, a novela *Senhora do Destino*, aborda o tema supramencionado, comenta a respeito, Tereza Rodrigues Vieira - Membro da Sociedade Brasileira de Bioética; Membro da Sociedade Brasileira de Sexualidade Humana e Consultora do Centro de Estudos em Bioética e Direito *Ethosvitae* –São Paulo (2005, p. 14):

As personagens Leonora e Jennifer retrataram uma relação homoafetiva sem nenhuma perversão ou atitude diferente dos

casais heteroafetivos, ao contrário, cultivaram um ambiente harmônico e estável, propício a criação do menor que foi adotado legalmente por uma delas. A novela foi recorde de audiência e não se notou discriminação do público com relação a abordagem polêmica.

Cabe, ainda, trazer como exemplo a enquete realizada no site do portal Terra (www.vag.terra.com.br), no dia 17 de janeiro de 2002, que (baseado na repercussão da decisão do juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude da cidade do Rio de Janeiro, que estabeleceu a guarda provisória do filho da cantora Cássia Eller a favor de sua companheira Maria Eugênia) perguntava: "Quem deve ficar com a guarda do filho de Cássia Eller?", obtendo, até as 16 horas e 45 minutos, uma ratificação da decisão mencionada no patamar de 82,78%, o equivalente a 10.376 votos, de um total de 12.535 votos computados.

Ainda a tendência dessas decisões liberais encontra respaldo em diversos campos das ciências sociais e biomédicas; a propósito, a matéria divulgada na internet pelo site <http://br.news.yahoo.com/021216/16/9qrx.html>, no dia 16 de dezembro de 2002, afirma:

APA [Associação Psiquiátrica Americana] apóia as iniciativas que permitem que casais do mesmo sexo adotem crianças e defende todos os direitos, benefícios e responsabilidades advindos da adoção', declarou o grupo. Anteriormente, a associação já havia divulgado declaração em defesa do reconhecimento legal pelo Estado das uniões homossexuais. Segundo a APA, que representa 38 mil profissionais da área de saúde mental dos Estados Unidos, 'pesquisas dos últimos 30 anos demonstram de forma consistente que crianças criadas por pais gays ou por casais de lésbicas não exibem diferenças nos campos emocional, cognitivo, social e sexual em relação a filhos criados por heterossexuais.' Os estudos também demonstraram que a atenção dada aos filhos e o comprometimento dos pais com a sua criação - e não a orientação sexual - são fatores decisivos para que a criança se torne um adulto estável e saudável [...] Entre os grupos importantes que representam profissionais da área de saúde nos EUA que já haviam declarado apoio aos direitos dos homossexuais à adoção estão a Academia Americana de

Pediatria, a Associação Americana de Psiquiatras de Crianças e Adolescentes e a Associação Americana de Médicos Familiares.

Deve-se atentar, por fim, para o fato de que o Direito deve acompanhar os anseios da Sociedade, de forma a acolher tal possibilidade. E mais, que o Decreto-Lei nº. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), afirma no seu artigo 4º que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", e no seu artigo 5º, complementa ordenando que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Por ser, a hipótese aventada, um caso de omissão legislativa, caberá a aplicação analógica ou consuetudinária do direito, e principalmente, uma busca dos princípios gerais de direito; sempre atentado para os fins sociais da lei e as exigências do bem comum. Todos estes caminhos levam a possibilitar tais adoções.

A esse respeito, posiciona-se Enézio de Deus (2005, p. 02), leia-se:

No já aberto caminho jurisprudencial de reconhecimento de efeitos jurídicos – familiares às uniões homoafetivas, parte sensível do Poder Judiciário (como o TJ/RS) vem , de modo muito coerente, utilizando-se do recurso integrativo da analogia (art. 4º da LICC), já que, por ora, não há lei federal regulamentadora das conseqüências jurídicas das uniões homoessenciais no Brasil. É deste modo que, no presente, pode-se assistir à constituição do vínculo de filiação adotiva entre um menor e dois homossexuais que, caso se amem verdadeiramente, podem formar, como todas as demais pessoas (declarada ou presumidamente heterossexuais) um ambiente familiar adequado ao normal desenvolvimento de um ser humano.

Por analogia, conclui-se que é possível equiparar a adoção por homossexuais à adoção por heterossexuais, posto que o único elemento

discrepante seja a orientação sexual do adotante, que não é requisito legal da adoção, e não poderia ser diferente, haja vista a proibição constitucional à discriminação de qualquer natureza.

Reporta-se, o autor supracitado (2005, p. 01) sob este aspecto:

De igual sorte, compor um lócus familiar equilibrado não é atributo somente de casais heterossexuais; e mais competentes, científica e tecnicamente para avaliar tais questões – do que o(a) advogado(a), o (a) magistrado(a) da Vara da Infância e da Juventude e o(a) Promotor(a) de tal área – é o (a) psicólogo(a) e o (a) assistente social, que devem elaborar parecer interdisciplinar, opinando sobre a compatibilidade ou incompatibilidade da inserção ou manifestação de um menor em determinada ambiência familiar, o que será de fundamental importância durante e depois do período de convivência previa, consubstanciando, por exemplo, a partir da deferimento da guarda provisória .

Assim, no que tange ao deferimento do pedido de adoção, o magistrado decide sob os interesses dos menores, sendo este um ato de extrema responsabilidade, por isso, não é qualquer vinculação heterossexual que revela a segurança afetiva e estabilidade, bem como, não é qualquer união ou namoro homossexual que pode ensejar colocação do menor em seio familiar homoafetivo.

Por isso, o magistrado deve perscrutar, evitando pré-julgamentos, visto que, não permitir que casais homossexuais integrem a fila de pretendentes a pais adotivos é flagrante desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito à dignidade humana.

Além disso, não há impossibilidade jurídica do pedido, visto que no art. 5º da Constituição Federal assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Como já mencionado o ECA não faz menção a requisito para adotar vinculado à sexualidade do requerente, em consonância com a Lei Maior.

No inciso II do mesmo dispositivo constitucional estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, inexistindo vedação legal expressa, não pode privar um casal, por terem orientação sexual destoante da convencional, de adotar, se a lei não assim determina.

A respeito, o MM. Juiz Siro Darlan de Oliveira, em célebres palavras, questiona: “... a lei não acolhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação?; portanto, o que a lei não proíbe não pode o intérprete inovar...”.

Enfim, se é sabido perfeitamente que em nosso país há um verdadeiro contingente de crianças precisando de um lar, e que existem inúmeros casais homossexuais bem estruturados sob todos os aspectos, almejando constituir uma família, por que não atender às necessidades de ambos?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada sobre o tema proposto, possibilitou expressivas considerações acerca da possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais no Brasil.

Ao analisar a possibilidade-jurídica de casais homoafetivos adotarem, percebeu-se, contudo, que os lares constituídos por estes casais podem ser ambientes normais para o regular desenvolvimento sócio-educativo de qualquer criança tendo em mira que, igualmente do que ocorre na família cujo poder familiar está nas “mãos” de heterossexuais, em vários desses lares existem os mesmos valores preconizados pela tradicional família heteroafetiva.

Essa reflexão resultou da análise da legislação e julgados de Tribunais brasileiros, das concepções doutrinárias de juristas e de outros profissionais.

Constatou-se perfeitamente que, com o decurso do tempo tem-se conseguido relevantes modificações na seara da adoção, precipuamente no sentido de conseguir uma família para uma criança e não uma criança para satisfazer as necessidades de um casal sem filhos.

Desta feita, o enfoque social dado ao instituto da adoção deve, sobretudo, observar, o dispositivo do art. 43 da Lei 8069/90, que estabelece: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para a adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Verificou-se, ainda, que muito se discute nas mais diversas comunidades jurídicas, sobre as legislações que admitem a união entre homossexuais, bem como acerca da possibilidade de regulamentação legal desta nos países que não a reconhecem. Tendo como principal justificativa a similaridade de características

entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas, a saber, a convivência duradoura, mútuo compromisso emocional e financeiro e, sobretudo, o objetivo de constituir uma família.

Percebeu-se que, de um lado, sob esta ótica, o núcleo fundamental da família é o afeto; as pessoas que a compõem devem ser respeitadas em suas individualidades e dignidade. De outro lado, a realidade aponta para a existência de relacionamentos afetivos estáveis entre casais homossexuais. O fato de não haver lei específica regulamentando esta nova relação não pode ser empecilho a que se reconheça que o convívio entre pessoas do mesmo sexo configura uma espécie de união estável, que gera o aspecto familiar.

Assim, no que tange ao deferimento do pedido de adoção, verificou-se que o magistrado decidiu sob os interesses dos menores, sendo este um ato de extrema responsabilidade, por isso, não é qualquer vinculação heterossexual que revela a segurança afetiva e estabilidade, bem como, não é qualquer união ou namoro homossexual que pode ensejar colocação do menor em seio familiar homoafetivo.

Desta feita, sob tais perspectivas, sedimentam-se, nos mais diversos segmentos da área jurídica, o entendimento - ao qual aderiu este estudo monográfico - de não haver obstáculos de fato e de direito no tocante à adoção por parte dos, atualmente denominados, casais homoafetivos.

Deve-se atentar, por fim, para o fato de que o Direito deve acompanhar os anseios da Sociedade, de forma a acolher tal possibilidade. E mais quando a lei for omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, observando esses preceitos estará o magistrado agindo com observância aos fins sociais e as exigências do bem comum.

Conclui-se que, por ser, a hipótese aventada, um caso de omissão legislativa, caberá a aplicação analógica ou consuetudinária, devendo o magistrado buscar dentre vários meios, caminhos que levem a conferir a uma criança um lar, uma família, e o amor almejado por muitas. Até porque, não há respeito sem igualdade, sem liberdade. O indispensável é garantir o direito à felicidade.

REFERENCIAS

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Aspectos Teóricos e Prático. Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, Coordenadora. Lumen Júris, Rio de Janeiro- 2006.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 1992.

DAHER, Marlusse Pestana. Família substituta . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>>. Acesso em: 10 out. 2006.

DEUS, Enézio de .Artigo: Decisões Judiciais Inéditas viabilizam Adoção por Casais Homossexuais no Brasil, 2000

DIAS, Maria Berenice. *Efeitos patrimoniais das relações de afeto: repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFam, 1999.

_____. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Coord. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Disponível em: <http://br.news.yahoo.com/021216/16/9qrx.html>, no dia 16 de dezembro de 2002

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. "Adoção – Quem de nós quer um filho?". In Revista Brasileira de Direito de Família, Ano III, nº. 10. Porto Alegre: Síntese, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume VI : direito de família/ Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2005

INSTITUTO DE ENSINO PROFESSOR LUIZ FLÁVIO GOMES. Do reconhecimento de direitos à união homoafetiva. Lara Gomides de Souza

MARMITT, Arnaldo. Adoção. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 9/10.

MARTINS, Fernandinho. Pais fora do comum. In: Mix Brasil, [Internet] <http://www2.uol.com.br/mixbrasil/cultura/especial/pai/pai.shl> [Capturado 20.Out.2006].

MARTINS, Rodrigo Monteiro. Legalização da união estável entre homossexuais . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=557>>. Acesso em: 16 set.. 2006

MASCHIO, Jane Justina. A Adoção por casais homossexuais. In: Jus Navegandi, n. 55 [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764> [Capturado 29.Mai.2006]

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forence, 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 1ª ed., BeloHorizonte: Del Rey, 2000;

PERES, Ana Paula Airiston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*/ Ana Paula Ariston Bairon Peres. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Flavia Ferreira. Adoção por homossexuais. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O casamento . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1943>>. Acesso em: 16 out. 2006 .

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, Carlos (Coord.). *Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas*.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. . A novela Senhora do Destino e a adoção por homossexuais. Revista Consulex, n. 198, Brasília, ed. de 15.04.2005, p.14.

VILLELA, João Baptista. *Despreparo ou manipulação? A tragédia Cássia Eller um ano depois*. in "Del Rey Revista Jurídica", ano 5, nº 10, Belo Horizonte: Del Rey, jan/fev/mar de 2003.

WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5. V, 8ª ed. Revista, ampliada e atualizada com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: RT, 1991.

BRASIL. [Treze em um; leis etc.]. Constituição Federal de 1988, Código Civil de (2002/1916). Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Código Tributário, Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor, Código de Trânsito Brasileiro, Código Eleitoral, Código Florestal, Consolidação das Leis do Trabalho, Estatuto da Criança e do Adolescente. Legislação Complementar Fundamental. Organização, equipe América Jurídica. Rio de Janeiro: RJ. América Jurídica, 2005.

BRASIL. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Pastoral - Paulus, 2000.