

ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA CRÍTICA AO PRECONCEITO

Paulo de Tharso Brondi de Paula RODRIGUES¹

RESUMO: Atualmente, o tema abordado é palco de vastas digressões na doutrina, despontando acerca diversas opiniões por juristas de escol. Sem dúvida, o centro da polêmica abarca a possibilidade jurídica do pedido de adoção levada a cabo pelo casal homoafetivo. Nada obstante, é a Constituição da República a haste de apoio a todas as correntes que se debruçam ao estudo do tema. Este artigo, por sua vez, visa a apresentar, de modo mais singelo, as principais opiniões e discussões amiúde levantadas sobre o assunto, sem demandar maior profundidade, algo, aliás, impossível para este despretensioso trabalho de iniciação científica.

Palavras-chave: adoção; homoafetivo; constitucionalidade; preconceito.

1 DA ADOÇÃO

A adoção surgiu neste país por influência das Ordenações Portuguesas, sendo que, mais tarde, regulou-a o Código Civil de 1916, o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90) e, por último, o Código Civil de 2002.

Por definição, entende-se a adoção como um ato bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente.

A doutrina, por seu turno, discute reiteradamente qual a natureza jurídica do instituto em comento. Apresentam-se, neste passo, as três principais correntes. A primeira, a exemplo de Espínola, considera-o como ato bilateral, ou seja, uma convergência de vontades entre a parte adotante e adotada. Outra, tendo

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. paulinho-magrello@hotmail.com

como expoentes Clóvis Bevilácqua e Pontes de Miranda, qualifica a adoção simplesmente como um ato solene, independente de qualquer manifestação de vontade. A última, capitaneada no Brasil por Antônio Chaves, afirma-a como um instituto de ordem pública que produz efeitos em cada caso concreto, dependendo de um ato jurídico particular.

No dizer doutrinário, se a CR/88 estabeleceu solenidade pública para o ato e o ECA vinculou sua validade a sentença judicial irrevogável (arts. 47 e 48), contando com o consentimento dos pais ou representante legal do adotando (art. 45), é irrefutável então a natureza de instituto de ordem pública, sem qualquer natureza contratual.

A nosso sentir, razão assiste a esse último argumento doutrinário, com resquícios daquele sustentado por Espínola, pois necessária a aprovação dos genitores. É verdade, pode-se supri-la judicialmente, se negada sem motivo convincente.

É certo, ademais, que desde a Constituição Republicana de 1988, os filhos, havidos da relação matrimonial ou não, ou adotados, gozam dos mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações (art. 226, § 6º).

Todavia, aparentemente, não se encontra na legislação atual a mesma regra de tratamento no que toca aos adotantes. A lei apenas confere aos casados, ou sob união estável, o direito a adotar, sem qualquer menção à união homoafetiva. Explica-se: é que nem a própria Lei Maior, em 1988, fê-lo, talvez por nem se cogitar tal hipótese à época.

É o tema que agora doutrina e jurisprudência debatem com afinco.

2. DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Neste tópico, abordar-se-á: o direito comparado e as principais conclusões doutrinárias e decisões da jurisprudência.

2.1 DIREITO COMPARADO

Em suma, divide-se o Direito estrangeiro, nesta seara, em três blocos: legislações liberais, conservadores e intermediários.

Na linha dos liberais, estão os países nórdicos, dentre os quais Dinamarca e Noruega, que já legalizaram a convivência (com o codinome “parceria”) entre homossexuais, embora aquela vede expressamente a adoção por casais homoafetivos.

Entre os conservadores, estão os muçulmanos e islâmicos, condenando-se à pena de morte quem pratica o homossexualismo, em uma sociedade radicalmente ligada a valores religiosos.

Por fim, existem países na faixa intermediária, que possuem legislação ainda tímida acerca da homossexualidade, como Brasil, Estados Unidos e Espanha.

2.2 POSSIBILIDADE SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO

Cumprе ressaltar, de partida, que não existem no ordenamento jurídico brasileiro vedações legais a respeito da adoção por pessoas de mesmo sexo.

O Código Civil vigente reza que duas pessoas somente poderão adotar se forem casados entre si ou conviverem em união estável. O ECA, de seu turno, também não contemplou a hipótese em tela, mas não a excluiu expressamente.

Ora, se a Lei Fundamental prega o Princípio da Isonomia (ou Igualdade) e não há proibição expressa da lei, pode-se concluir tranquilamente ser possível, em tese ao menos, a adoção por conviventes homoafetivos.

Aliás, mesmo que vedação expressa houvesse, sê-la-ia inconstitucional. Explica-se: a convivência duradoura por pessoas de mesmo sexo

merece proteção constitucional, pois que reflete verdadeira união estável, instituto previsto na CR/88. Por conseguinte, aplicam-se a ela, em virtude do Princípio da Igualdade, os mesmos direitos conferidos à união heterossexual. Pois bem, se a esta é dado adotar, àquele seguem iguais garantias, por óbvio. Logo, a norma que desequilibra essa paridade fere de morte o retromencionado princípio constitucional.

Eis excerto de abrilhantado voto proferido pela E. Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça gaúcho:

A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (ap. cível nº. 70012836755, j. 21/12/2005).

Tal conclusão salta aos nossos olhos e se espraia em nosso espírito.

A nova Constituição é o Documento da Liberdade, tutelando a inclusão de todos sob seu manto e repugnando todas as formas de discriminação. Alberga em seu âmago, a exemplo deste País, várias direções, concepções, mas, em verdade, um só objetivo: a proteção de todas as pessoas (não somente cidadãos).

Por isso, diz-se que ela abriga algumas normas gerais de inclusão:

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que 'qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da 'norma geral exclusiva' segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete

decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico. Grifo nosso. (BODIN, 2006, P. 89/112).

Não é, em absoluto, o desejo da CR/88 a interpretação excludente, a pôr de lado todos os outros comportamentos que não se ajustam ao socialmente comum, convencional, reiterado. Ao revés, ela aceita e protege, sim, os “diferentes” (as aspas denotam ironia, diga-se); ela abraça e clama por novas culturas e pensamentos, sempre a reinventar as pessoas. Nossa Magna Carta, assim como a vida, também contempla suas fases, estações, reformulando-se ao fim de cada uma, tal e qual já dito por Machado de Assis, “cada estação da vida é como uma edição, que corrige a anterior, e que será corrigida também.”.

Esta é a estação da liberdade e proteção dos direitos e garantias individuais, maior beneplácito do ser humano em sua inteireza.

2.3 PONTO DE VISTA MORAL

Sempre, ao agitar temas de pomposa envergadura como este, ilações sopitadas na memória – discriminatórias, repita-se – teimam soerguer-se.

É o que parte da doutrina e jurisprudência, com assombrosa tartufice, têm feito ao debater a espécie. Para tanto, lançam proposições como esta:

[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. (BRITO, 2000, p. 55)

Ou:

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. (MARMITT, 1993, p. 112/113).

Tais afirmações carcomidas, retrógradas e hipócritas, além de preconceituosas, não podem vingar, é claro. Os homossexuais, em sua essência, nada diferem das outras pessoas, ditas “normais”.

A conduta do adotante, perante a sociedade, deve ser avaliada em cada caso concreto, não genericamente, até por se saber que pessoas aparentemente bem-vindas ao meio social (em razão de sua fama, dinheiro, sucesso etc.), por vezes, em verdade, não contam com o menor conteúdo ético ou moral esperados e condizentes com o homem médio.

Orientação sexual diversa da comumente vista não é doença, ou desequilíbrio mental, mas sim escolha, opção, **constitucionalmente garantida**; assim também, por exemplo, o celibatismo. Simplesmente escolhas, liberdade inerente à natureza humana.

Comportamentos, assim como pessoas, há dos mais variados feitios. Deve-se repelir o **mau** comportamento, seja do homossexual, heterossexual, do rico, do pobre, do branco, do negro, do religioso ou do ateu. Não se deve, porém, repelir **o** homossexual, ou o ateu etc.

O que impedirá, pois, o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, na verdade, o comportamento desajustado do homossexual, jamais a sua homossexualidade. Assim, se ele cuidar e educar a criança dentro dos padrões aceitos pela sociedade brasileira, a sua homossexualidade não poderá servir de pretexto para o juiz indeferir a adoção [...] pleiteada. (MÓNACO DA SILVA, 1995, p. 117).

É palidamente frágil a assertiva de que o preconceito direcionado pela sociedade pode acarretar ao adotando graves problemas psicológicos. Deveras, certamente os adotantes cuidarão de observar e ultrapassar tal obstáculo, servindo-se juntamente com a criança de apropriado acompanhamento psicológico.

Contudo, pior seria ao órfão viver sob a escuridão dos mais dolorosos malogros humanos: o abandono e a solidão.

Por tais motivos, e outros não expostos aqui pela singeleza do texto, que decisões judiciais, à saciedade, têm autorizado adoção por casais homoafetivos, *vide*:

EMENTA: 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. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

E:

Reconhecida como entidade familiar, merecedora de 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 são 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. (RT 849/165).

A deturpação do caráter do adotando não se presume, mas se prova, por intermédio de análise de assistentes sociais e psicólogas especialmente nomeadas pelo Juízo para tal fim, amalgamada a outras provas, documentais e testemunhais, acerca da conduta social de quem adota, como em qualquer outro procedimento de adoção.

Entretanto, emergem estudos noticiando o seguinte:

A doutora Ana Martín Ancel expressa assim a principal: "Mais relevante é o fato de que os dados disponíveis sugerem diferenças significativas com respeito à orientação sexual das crianças que cresceram com pais homossexuais em comparação com os filhos de pais heterossexuais".

Também contribui a Dra. Martín Ancel com o dado de que outro dos estudos que cita a Academia Americana de Pediatria – o de Bailey e colaboradores, publicado em 1995, depois de estudar 75 jovens adultos de entre 17 e 43 anos, os filhos de pais homossexuais (3) – encontrou-se com que "9% deles eram homo ou bissexuais, mostrando uma taxa de homossexualidade maior da sugerida por estudos populacionais, que pode encontrar-se ao redor de 1% em adolescentes americanos e ao redor de 3,7% em adultos britânicos. (Portal da família)

Outro estudo pode ser lido em <http://quodlibeta.blogspot.com/2008/07/o-estudo-que-freou-adoo-de-crianas-por.html>. Cita-se um apertado trecho da conclusão extraída do estudo do Dr. George A. Rekers, professor de Neuropsiquiatria de Ciências do Comportamento da Universidade de Carolina do Sul:

Como é sabido, as crianças entregues em adoção são muito mais vulneráveis por si ao estresse, pois normalmente procedem de famílias extintas, já sofreram abusos e têm grande carência emocional. Por outra parte, sabe-se que a freqüência de depressão, idéias suicidas, alterações do comportamento e abuso do álcool e de drogas é muito mais freqüente entre os casais homossexuais. (fonte citada).

Mas, há de se reparar o quanto tais afirmações são eivadas de preconceito. Ao que se sabe, drogas, idéias suicidas, álcool e outros podem brotar em qualquer ambiente familiar; não existe, certamente, um estudo sério a confirmar o que disse o experto citado. A nosso ver, tratam a homossexualidade como um achaque transmitido pelos "pais de comportamento sexual estranho". Ignoram, por outro lado, que anos de convivência influenciam os adotados, que, por serem pessoas livres, optam pela orientação sexual que bem entenderem.

Paulo Nader, citando Paulo Luiz Netto Lobo, ensina:

Não há fundamentação científica para esse argumento (de que a criança pode sofrer alterações psicológicas e porque criada por homossexuais), pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados. (NADER, 2006, p. 391).

E um interessante artigo, publicado em *site*, escrito por Elizabeth Zambrano, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, informa:

A adoção ... resulta de uma conjunção entre o desejo de ter filhos e o compadecimento em relação à situação de abandono das crianças. Mais do que pena, a criança abandonada desperta uma identificação com a sua trajetória pessoal de preconceito e abandono.

Quando perguntadas sobre as preferências por sexo ou raça das crianças, elas tendem a responder que "tanto faz". Algumas informantes dizem, inclusive, que nem iriam se importar se a criança não fosse "perfeitinha", aceitariam e criariam com muito amor a criança mesmo que "faltasse um pedacinho". Assim, elas geralmente recorrem ao poder judiciário apenas para pedir a guarda da criança de que já cuidam. Grifo nosso.

Do ponto de vista moral, também, a adoção por casais homossexuais procede, não se divorciando em nada, essencialmente, das outras adoções levadas a cabo neste País.

3. CONCLUSÃO

Deveras, pode-se considerar o assunto em testilha um tabu, na maior parte da doutrina, pelo menos, gozando de singularidade incomum. Outrossim, trata-se a adoção por casais homoafetivos de um campo ainda delicado, com as mais variadas opiniões. Vê-se, infelizmente, um certo receio, que parte dos operadores do Direito, em enfrentá-la, sem contar as numerosas, grotescas e preconceituosas argumentações que ainda florescem.

No entanto, aguarda-se com desmedida ansiedade o dia em que essa adoção será vista com um olhar menos discriminatório, hipócrita e insensível. Através do tempo, o Mundo muda, assim como as pessoas, a exemplo do que ensinou Guimarães Rosa, pela boca de Riobaldo: *“O bonito do mundo é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando.”*

E, neste caso, certamente uma vez mais será vencido o preconceito maldoso arraigado em nós, mudando o nosso pensamento. Aliás, já estamos mudando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO, Benigno. **Não há base científica para adoção de crianças por casais homossexuais.** <http://quodlibeta.blogspot.com/2008/07/o-estudo-que-freou-adoo-de-crianas-por.html>.: acessado em 15/08/2008.

BODIN, Maria Celina. **A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional.** *In* RTDC. v. 1.p. 89/112.

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

MARMITT, Arnaldo. **Adoção.** Rio de Janeiro: Aide, 1993.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, vol. 5.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva, 1995.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais,** http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200006&script=sci_arttext&tIng=e!n: acessado em 15/08/2008.