

DA ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Carlos Henrique Fernandes GASQUES

RESUMO: O trabalho exposto pelo autor aborda a questão da adoção por casal homoafetivo, tema esse quem vem se demonstrando muito polemico e controvertido na doutrina e na jurisprudência. O assunto abordado não visou depreciar o casal homoafetivo, levando-se em conta que a Carta Magna traz como um de seus princípios norteadores a igualdade e dignidade, não seria o teor do trabalho depreciar e desconsiderar tais pessoas em razão da sua escolha sexual. Visa focar o trabalho através de análises técnicas, científicas e jurídicas, se os parceiros do mesmo sexo conseguem desenvolver nessas crianças adotadas os elementos essenciais para o bom desenvolvimento como a questão social, emocional, psicológico, cultural, religioso e outros. Foram analisados o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Carta Magna e os princípios que cercam os direitos dos homossexuais e os que protegem a criança desamparada, estabeleceu o trabalho critérios para ponderar esses princípios que deverá ser analisado casuisticamente. O autor atentou também que para o pleno desenvolvimento do menor, deve ele conviver em uma relação familiar triangular e por fim o autor apontou os riscos que pode vir ou não a ocorrer se uma criança é colocada em uma família homoafetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Casal Homoafetivo. Adoção. Interesse do Menor. União Estável. Entidade Familiar.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem o escopo de demonstrar a relevância que o tema da cooperação processual vem ganhando no Direito Processual Civil brasileiro. A cooperação mostra-se como verdadeiro direito fundamental das partes ao mesmo tempo em que se apresenta como norte para a atuação dos litigantes que buscam uma prestação jurisdicional justa e embasada nos ditames constitucionais.

Não se pretende, até mesmo pela complexidade do tema, exaurir todas as discussões atinentes ao assunto. Seria empobrecê-lo demasiadamente tratá-lo em apertadas linhas. No entanto, quer-se, ao menos,

trazer à baila todos os pontos relevantes para que o leitor tenha uma boa e correta perspectiva sobre tão recente discussão doutrinária.

Importante esclarecer, desde já, que optamos pela designação *direitos fundamentais* em detrimento da expressão *direitos humanos* por se tratarem de direitos chantados em diferentes escalas de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, seguindo os ensinamentos desenvolvidos por Ingo Wolfgang Sarlet¹ em sua obra.

2. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL

Atualmente não existe legislação pátria dispositivo vedando ou regulamentando a questão da adoção por casais homoafetivos, o único embasamento jurídico que temos foi o julgamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 reconhecendo as uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar.

O art. 42, caput e parágrafos do Estatuto da Criança e do Adolescente não faz menção a possibilidade de adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, sendo assim abriu a possibilidade de divergências na doutrina, e para um primeiro entendimento a adoção é permitida porque a norma não restringe direitos e assim não cabe aos operadores do direito interpretar essas normas restritivamente

De outro modo se posiciona Leite (2005, p. 120)

O Direito Civil foi organizado, estruturado e determinado a partir do modelo heterossexual e é este paradigma que está impresso, há mais de vinte séculos, na evolução doutrinária e legislativa, nas Constituições e nos Códigos Civis, o que explica (em parte) a dificuldade da passagem deste modelo para uma proposta diametralmente oposta e – reconheça-se – negada pelas regras de natureza, fundamentalmente determinantes em assunto familiar que envolve interesse de crianças

¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed., 2012.

Seguindo essa idéia, o Direito Civil brasileiro foi enraizado em um modelo heterossexual e embora não haja nenhum dispositivo que proíba a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, as regras existentes nos levam a idéia de que a adoção é incompatível nas relações de pessoas do mesmo sexo.

Analisando as normas contidas no Código Civil e na Constituição Federal de 1988 podemos afirmar que o espírito adotado pelo legislador é o da entidade familiar heterossexual, o art. 1723 CC/02 *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher...”* e também art. 1514 CC/02 *“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestarem...”* no plano constitucional o art. 226 e seus parágrafos da referida carta foi todo modelado no modelo heterossexual, preservando o constituinte originário o modelo familiar tradicional e não estendendo esses direitos de família as relações homoafetivas.

Embora não contenha nenhum dispositivo que proíba ou que autorize a adoção por casal homoafetivo, implicitamente o legislador brasileiro quis favorecer a união heterossexual, logo inexistente a possibilidade de pessoas do mesmo sexo adotar, o único modo de adotar conjuntamente é se forem marido e mulher ou se as pessoas conviverem em união estável entre homem e mulher.

Para Leite o espírito da lei e a intenção do legislador é sempre o favorecimento da união heterossexual, inexistindo interpretação do art. 42 do ECA como permissiva das uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, e é nesse sentido que deve ser, tendo em vista que a adoção deve fundar-se em motivos legítimos conforme dispõe o ECA e nessa hipótese não se trata de motivo legítimo já que a real intenção do legislador é a preservação da entidade familiar tradicional.

A adoção de crianças e adolescentes é regulamentada exclusivamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que não tenha na legislação brasileira vedação legal a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, o art. 42, § 2º do referido estatuto fica claro a intenção do legislador em não estender esse direito aos pares homoafetivos, o único modo

admitido para adotar conjuntamente é se os pares forem casados civilmente ou mantenham união estável.

Contudo, vem crescendo dia a dia o entendimento da jurisprudência no sentido de admitir a adoção por casais homoafetivos, o julgamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 reconhecendo as uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar praticamente pacificou o entendimento de que a estes devem ser concedido o direito de adotar.

O afirmado anteriormente fica evidente quando observados os seguintes julgados

“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” (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.013. 801.592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05.04. 2006)

Portanto, mesmo ante a falta de lei regulamentadora os tribunais vêm decidindo de forma favorável a adoção por casais homoafetivos, tem os tribunais se valendo de princípios informadores do direito, costumes e analogias, analisando também a evolução da sociedade e o estágio atual em que se encontra onde cada vez mais surge pares homoafetivos e estes segundo os tribunais merecem a mesma proteção dos casais heterossexuais.

3. ENTRE PRINCÍPIOS: O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA FRENTE AO DIREITO DE IGUALDADE

O interesse da criança e do adolescente está presente em muitos direitos internacionais dentre os quais se empregam diversas terminologias diferentes. No Brasil surge esse princípio com a *Convenção sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional* que foi realizada em Haia em 1993 e assinada no ano de 2000.

Na legislação brasileira este princípio foi consagrado no art. 43 do Estatuto da Criança e do adolescente, que prevê que à adoção será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando consagrando o referido princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por esse princípio só se justifica a adoção nos casos em que apresentar real benefício ao adotando, por ser mais vulnerável a criança e o adolescente entendeu o legislador sabiamente que eles deveriam ter uma proteção maior.

Entende-se como melhor interesse a satisfação das necessidades da criança, quais seja, educação, saúde, a moradia, a segurança, a infância, enfim todos os direitos sociais assegurados pela Constituição Federal dentre outros existentes na esfera infraconstitucional e os consagrados por costumes.

Nas palavras de Leite (2005, p. 116) á uma exata definição de melhor interesse da criança e do adolescente

Inicialmente vinculando-se à noção de “necessidade da criança”, a maioria dos países entendeu o “interesse da criança” como a melhoria de suas condições de vida em relação à sua situação anterior, à sua segurança, à sua proteção, aos seus cuidados, educação, afeição, integração em uma família com a qual a criança adotada desenvolva laços afetivos, o respeito de sua origem étnica, religiosa, cultural, enfim todas as condições de desenvolvimento de sua personalidade, as vantagens de ordem moral sendo unanimemente privilegiadas em relação às vantagens às vantagens de ordem econômica.

Como se percebe existe outra esfera de direito englobada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, essa segunda

esfera de direito é a de cunho moral e íntimo, está relacionado à personalidade e desenvolvimento do adotando, deve-se analisar nessas condições a integração em uma família que possa trazer ao adotando desenvolvimento ético, religioso, cultural e principalmente moral. E seguindo esse entendimento o ambiente homoafetivo não oferece uma condição adequada para preservar esses interesses da criança e do adolescente, nesse tipo de relação o interesse maior é sempre do casal homoafetivo que busca a satisfação sexual e afetiva entre eles, estes não são aptos a constituir uma família de forma biológica e tentam se valer dessas crianças que se encontram a espera para serem adotadas tentando satisfazer suas vontades sem respeitar o princípio do melhor interesse das crianças. Por fim, melhor interesse pode-se definir como uma situação melhor que a anterior, e é melhor uma criança aguardar uma família heterossexual em algum orfanato do que simplesmente ser colocado em um ambiente que não possa oferecer o carinho materno no caso de relação entre dois homens ou o carinho paterno se a relação for entre mulheres, além disso, essas relações não estão preparadas para satisfazer todos os interesses da criança, em especial os interesses moral, religioso, social e sexual.

Na contramão do princípio do melhor interesse está o princípio da igualdade que é uma garantia constitucional previsto no art. 3º, IV e no próprio Preâmbulo da Carta Magna.

Exalta o preâmbulo que “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” (grifo nosso). Percebe-se que na origem e nos objetivos da constituição o constituinte originário já calcava a elaboração do texto maior com base no princípio da igualdade

No sentido desse princípio não a fundamento que justifique a recusa do judiciário em reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e por conseqüência reconhecer essas pessoas como aptos a adotar uma criança e ou um adolescente já que todos são iguais perante a lei não devendo está fazer qual distinção de cor, raça, sexo e idade conforme assim preconiza o

art. 3º da Carta Magna. Nas palavras da constituição igualdade é ter seu direito reconhecido ainda que se trate de uma classe minoritária como é no caso dos casais homoafetivos, e ainda os pressuposto da união homoafetivo são os mesmo de qualquer união estável, quais sejam afeto e projeto de vida de modo que não reconhecer esse direito significa depreciar essas pessoas e violar uns dos princípios fundamentais da Constituição que é o da igualdade, portanto seguindo o entendimento desse princípio os casais homoafetivo têm o direito de adotar uma criança de acordo com a luz da constituição e seus princípios norteadores.

Outra barreira encontrada para possibilitar a adoção por esses casais era o dispositivo 226, §3º da constituição que somente reconhecia a união estável entre pessoas de sexo oposto, só que esse entendimento foi superado pelo STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 que passou a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo (vide p. 16)

Nesse sentido nos ensina Berenice Dias (2011, p. 187)

Não se pode permitir que uma interpretação meramente literal se sobreponha ao desiderato e ao conjunto de princípios encartados numa Constituição que, no caso da brasileira, não autoriza, em hipótese alguma, qualquer discriminação com fundamento na orientação sexual

Com o reconhecimento do STF da união estável de pessoas do mesmo sexo, estes gozam agora de todos os direitos relativos dessa união. Contudo o que tem se observado agora é o conflito de princípios entre o melhor interesse da criança e o princípio da igualdade. Antes de analisar o conflito entre esses princípios cumpre ressaltar que a finalidade imediata dos princípios é fazer um apontamento de um estado ideal que deve ser perseguido e alcançado, no entanto esse apontamento é feito sem indicação de condutas que devem ser adotadas para alcançá-la esse estado ideal. E por eles apontarem sempre para um estado ideal á ser alcançado necessariamente viverá em conflito, como pode ser percebido nesse caso especifico existe o

conflito entre o melhor interesse do menor e o princípio da igualdade já que ambos apontam para estados ideais diferentes e conflitantes. Percebe-se que os princípios convivem conflituosamente, e por ter essa característica Humberto Ávila diz que esses conflitos devem ser resolvidos utilizando o critério da Ponderação para saber qual deverá prevalecer no caso concreto, concluindo ainda o referido autor, que a prevalência de um necessariamente não aniquila o outro

O mesmo Ávila (2011, p. 121) estabelece alguns elementos que devem ser analisados pelo juiz no caso concreto

E, nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existentes entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados

Enfim, deve o magistrado ao se deparar com um conflito entre esses dois princípios se utilizar do critério da ponderação e analisar todos esses elementos proposto pelo saudoso Ávila. Como critério a ser adotado é o da ponderação devem-se analisar cada situação isoladamente, hora irá prevalecer o princípio da igualdade em favor dos casais homoafetivos, hora prevalecerá o princípio do melhor interesse do menor para preservar o menor de possíveis malefícios na adoção, cada situação de adoção por casais homoafetivos vai apresentar circunstâncias e parâmetros diferentes por isso não se tem uma situação exata de qual princípio deve prevalecer em detrimento do outro

4. ADOÇÃO SINGULAR POR HOMOSSEXUAL

Existe a possibilidade de a adoção ser realizada por uma única pessoa, nos termos em que dispõe o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O legislador ao estabelecer essa regra quis favorecer a adoção no Brasil e resolver o problema das crianças e adolescentes que se encontram em orfanatos esperando para serem adotadas, entendeu o legislador ser melhor para a criança ser colocada em uma família sem um pai ou uma mãe formando a chamada família monoparental do que deixar essas crianças abandonadas em orfanatos à espera de uma família tradicional que queira se valer da adoção. Nessa ideia de adoção individual, um homossexual não está proibido de adotar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece alguns requisitos para que o candidato possa se valer do instituto da adoção, o primeiro é que ele seja maior de 18 anos e o segundo é que o candidato deva guardar uma diferença de idade para o adotando mínima de 16 anos de diferença, além de alguns outros requisitos.

Importante dizer que o homossexual individualmente considerado no Brasil não sofre qualquer discriminação pelo Estado e pela lei em razão de sua orientação sexual, quando essas pessoas buscam a adoção pela via individual os tribunais não têm levado em consideração a opção sexual do candidato o que se faz é analisar a viabilidade social do adotante e do lar em que vai receber o adotando. Contudo esse procedimento é realizado independentemente da opção sexual do candidato inexistindo discriminação por parte dos magistrados e tribunais. Assim, Berenice Dias (2011, p. 187) a cerca deste assunto faz uma importante observação.

É importante frisar que no Brasil, em tese, o homossexual, quando individualmente considerado, não sofre qualquer limitação ou restrição de direitos e obrigações por causa da sua orientação sexual. Ou seja, não existem discriminações impostas pelo Estado ou pela lei nesse sentido. Nem mesmo a adoção, tema dos mais polêmicos nesta seara, poderá ser negada ao homossexual, servindo-se a negativa deste fundamento.

Com isso, verifica-se que a intenção do legislador foi não fazer nenhum tipo de discriminação aos candidatos na adoção.

Para que a adoção possa ser confirmada pelo juiz deve-se fazer no curso do procedimento judicial o estudo da viabilidade social da adoção. Esse estudo é feito por profissionais da área da psicologia e assistentes sociais, esses profissionais analisam, se o candidato tem estabilidade social, se essa família monoparental vai oferecer um ambiente familiar nos padrões que normalmente se admitem e a viabilidade psicológica e afetiva

Se o candidato adotante for homossexual, tem que se levarem em conta duas questões. A primeira questão que temos que analisar é que se essa pessoa mantém uma vida desregrada, fora dos padrões da normalidade, é obvio que a adoção não pode ser considerada porque não seria um bom referencial para o adotante a vida que o candidato leva e também não teria um lar propicio para a formação de uma família monoparental já que o ambiente em que se vive é fora do padrão da normalidade, pois se deve primordialmente á adoção atender o interesse do menor. Agora se ficar demonstrado que o candidato homossexual leva uma vida bem regrada, e que não leva para dentro do ambiente doméstico conduta que possam colocar em risco a formação social e psicológica do adotante este tem o direito de se valer da adoção desde que preencha os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo assim, a adoção individual por um homossexual é possível, porém, deve-se observar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo a adoção apresentar reais vantagens ao adotando colocando ele em uma condição melhor que a anterior. Está análise tem que ser feita em cima de cada situação concreta, verificando por estudos psicológicos e sociais pelos profissionais competentes.

5. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Muito embora com a decisão do STF reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar para efeito de união estável pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, existe ainda na doutrina divergência sobre

a possibilidade de adoção conjunta por homossexuais. Contudo com esse entendimento do STF á corrente de Berenice Dias, Ana Paula Ariston Barion Peres (2006), Silva Junior (2008), e outros ganharam muito mais força no sentido de conceder á adoção a esses pares homoafetivos, tornando-se quase que unânime pelos magistrados esse entendimento.

O principal opositor a essa adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo é Eduardo Leite (2005), defende o autor à idéia da triangularização da adoção, segundo ele quando se fala em adoção tem que ter a idéia de uma relação triangular, envolvendo três pessoas distintas das quais são o pai, a mãe, e a criança adotada. Reforçando esse pensamento Clóvis Bevilacqua diz que “assim como ninguém pode ter mais de um pai ou uma mãe por natureza, também não o poderá ter pela lei”. Muito embora esse entendimento não seja o dominante nos dias de hoje pelos tribunais, se for analisar o que a lei e a constituição prevêem veremos que o legislador brasileiro sempre coloca a adoção com base em uma relação triangular, sempre que o ECA e a Constituição fala sobre adoção e união estável fazem referência ao homem e a mulher, sendo assim, não pode descartar em hipótese alguma essa idéia de Eduardo Leite (2005). Nessa ótica Leite (2005, p. 114) nos ensina

O que o nosso sistema jurídico sempre afirmou – e a evolução da legislação da adoção é veemente nesse sentido – é que o legislador não abre mão da família (constituída por um homem e mulher) como forma a garantir ao adotado a fundamental identificação da criança com a figura masculina e feminina.

Nesse mesmo sentido nos ensina Brandão (2002, p. 90 e ss.)

A adoção foi idealizada para conferir uma família substituta, uma réplica da família natural, com suas características e semelhanças nos papéis parentais da família substituída, composta da relação entre pai, mãe e filho, não sendo admissível a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, por expressa proibição da lei, e porque os homossexuais não formam uma família.

Segundo Eduardo Leite (2005) a ótica do ECA foi sempre garantir o melhor interesse do menor, e assegurando essa relação triangular o menor certamente estaria tendo uma relação familiar muito parecida com a tradicional e isso lhe daria mais segurança e confiança no seu novo lar. Cumpre ressaltar ainda que o instituto da adoção foi criado para beneficiar as crianças e não os casais.

Outro argumento desta corrente embora enfraquecido em razão do julgamento do STF acima mencionado, é que os dispositivos da legislação brasileira tanto no âmbito infraconstitucional, quanto no âmbito constitucional quando fazem menção ao casamento e união estável exigem sempre a diversidade de sexo para formação da relação, se observa isso quando analisamos os dispositivos do art. 226, §3º, da CF/88 e arts. 1514 e 1723 ambos do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao dizer que para a adoção conjunta é necessária ser casados civilmente ou conviverem em união estável e todos esses dispositivos mencionados quando tratam do casamento e da união estável estabelece como um dos requisitos que a união deva ser entre pessoas de sexo distinto, impossibilitando, portanto os casais homoafetivos adotarem conjuntamente em razão ao impedimento legal trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente complementado pelo Código Civil e Constituição Federal. Nesse sentido nos ensina Madaleno (2011, p. 644)

Ainda que o sistema legal brasileiro não imponha qualquer proibição de adoção por pessoa solteira que se declare homossexual, o § 2º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente inflige claros entraves à adoção por casais homoafetivos.

Portanto para essa corrente não se admite a adoção por casais homoafetivos em nenhuma hipótese.

A outra parte da doutrina defende a possibilidade de se adotar uma criança ou adolescente por ambos os parceiros, argumentando que o não aceitação da adoção pelo simples fato dos parceiros serem homossexuais é motivo de preconceito violando assim os direitos à igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e a segurança jurídica. Cumpre ressaltar ainda que

o STF ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar teve seu julgamento baseado nesses quatro princípios citados

No que tange a Dignidade da Pessoa Humana e casais homoafetivos, Berenice Dias (2011, p. 181) nos ensina

É perfeitamente possível afirmar que qualquer tentativa de restringir direitos a um grupo de pessoas, única e exclusivamente por conta de sua orientação sexual, é negar-lhes a própria dignidade, o que é inadmissível.

Fazendo um paralelo entre igualdade, casais homoafetivos e a jurisprudência brasileira, Madaleno (2011, p. 645) ressalta:

Não obstante as dificuldades impostas, reiterados pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência têm se manifestado em prol da adoção por casais homoafetivos, observando ser foco da adoção o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente, ao qual se associa o da igualdade das pessoas, devendo ser afastado qualquer viés de discriminação sobre a orientação sexual do adotando.

É importante destacar que essa corrente se fortaleceu muito com a decisão do STF acima citada, criou-se um precedente nacional de que as relações homoafetiva agora reconhecida como união estável, tem direito de herança, pensão alimentícia, previdência e outros. Essa decisão deve facilitar também a adoção por famílias homoafetiva, já que o ECA concede a adoção conjunta as união estável.

A jurisprudência vem se consolidando no sentido de cada vez mais ser possível a adoção por casais homoafetivos levando-se em conta a decisão do STF de reconhecê-los como entidade familiar e fundando-se também nos princípios da igualdade, Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana.

Fica evidente a afirmativa acima quando analisamos a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça o RESP 889852 / RS RECURSO ESPECIAL

Ementa:

Direito civil. família. Adoção de menores por casal homossexual. situação já consolidada. estabilidade da família. presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. relatório da assistente social favorável ao pedido. reais vantagens para os adotandos. artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do estatuto da criança e do adolescente. deferimento da medida

Por fim, a nova tendência é que os casais homoafetivos tenham o direito de adotar livremente sem nenhuma barreira já que cada dia mais cresce o entendimento jurisprudencial de que a adoção deve ser calcada no amor, na dedicação dos pais para com os filhos, e se algum casal homoafetivo conseguir demonstrar perante o juízo que é capaz de propiciar todos esses confortos acima mencionados a chance de se obter êxito na justiça é muito grande, pois tem entendido os juristas que o princípio do melhor interesse do menor deve se sobressair sobre qualquer preconceito a cerca da orientação sexual do candidato. Nessa ótica o melhor interesse tem sido interpretado diferentemente do que inicialmente era pensado, já que para Eduardo Leite (2005) esse princípio deve ser observado a luz da educação sexual, religiosa, social e moral, e o ambiente homoafetivo não está preparado para satisfazer esses interesses do menor.

6. VIABILIDADE PSICOLÓGICA DO ADOTADO PELO CASAL HOMOAFETIVO

O homem se desenvolve observando-se o crescimento orgânico e o desenvolvimento mental. E é esse segundo ponto abordado que é baseado o estudo da psicologia.

No que tange a criança e seus aspectos psicológicos na relação familiar, Leite (2005, p. 130) nos ensina:

O que é essencial compreender é que a criança, para não ser uma criança de risco psíquico, precisa, para seu desenvolvimento, de duas pessoas – pai e mãe – que possam se constituir como pais. A identidade, o “eu” da criança, se forma no cadinho da vida psíquica e relacional de seus pais.

Observa-se que a psicologia reconhece a necessidade de uma relação triangular para que a criança se desenvolva mentalmente adequado no meio social.

Em relação a esse estudo, têm que se compreender que existem influências que modificam o desenvolvimento da personalidade da criança, essas influências derivam do meio social que convivem das pessoas que se relacionam e especialmente da conduta de seus pais perante as crianças

Eduardo Leite (2005) ressalta que, renomados psicanalistas como John Bowlby e Erik Erikson ressaltam que as primeiras horas, as primeiras semanas e os primeiros meses da vida existem a necessidade da figura materna e paterna na vida da criança, pois esses primeiros momentos marcam com profundidade o desenvolvimento dessas crianças para o resto da vida.

Nessa mesma linha, Eduardo Leite (2005) relata que estudos realizados pelas psicólogas Eliane Marracini e Maria Antonieta Apud Leite, a cerca da evolução da vida da criança demonstram que em determinados momentos na evolução da criança elas necessitam da figura paterna, em outros da figura materna e ainda em certos momentos necessita de ambas as figuras para o desenvolvimento psíquico, demonstrando a necessidade da relação triangular familiar como já citado anteriormente.

Do nascimento até os dois anos de idade, dizem as referidas autoras que a criança apresenta fortes ligações com a figura materna, ou seja, a mãe, a criança não pode ser separada dela, pois corre o risco de apresentar graves perturbações futuras. A figura paterna vai se configurando gradativamente conforme sua intensidade. É importante destacar que nessa fase ocorre grande número de adoção.

De dois aos seis anos de idade, chamada fase de socialização da criança (ingresso da criança no mundo exterior e escolar) a figura paterna se

torna imprescindível, o homem representa a figura de maior importância na vida da criança, representa uma figura mental importante para a estruturação da personalidade da criança, seja ela menino ou menina. Essa faixa etária é a que tem mais procura por adoção no Brasil.

Dos sete aos doze anos de idade, onde ocorre um maior desinteresse em relação à adoção a criança passa pela fase da latência, é o período de relacionamentos sociais, aperfeiçoamento educacional e melhor aprendizagem escolar, nessa fase é importante a figura de ambos os pais (materna e paterna), começa-se nesse momento a traçar o destino da criança e para os psicólogos esse é o momento em que ambas as figuras devem estar presentes.

E por fim, na faixa etária de treze a dezoito anos de idade, onde a procura por adoção é quase que zero, se faz importante a figura dos pais, argumentando as autoras que a ausência dos pais pode levar os adolescentes à uma patologia delinqüente.

A adoção trata-se de um instituto que busca sempre a formação de uma entidade familiar, formando-se juridicamente uma relação triangular familiar, conforme já dito, ou uma relação pai – filho ou mãe – filho se for uma adoção por uma única pessoa, formando-se a conhecida família monoparental, buscando sempre se assemelhar a família natural. A criança adotada goza dos mesmos direitos das crianças oriundas de família natural que se observa no art. 227º da CF/88 e art. 3º do Estatuto da criança e do adolescente, assegurando o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Por isso essa criança quando vir a ser adotada deverá assegurar todas as condições para seu desenvolvimento como se observa na família natural.

Para os psicólogos a criança não pode ser colocada em uma família homoafetiva devido a essas fases da evolução da criança onde em cada momento se faz necessário à figura do pai e/ou mãe. Quanto à adoção individual os psicólogos argumentam que o “eu” da criança indiretamente se adequa a relação familiar individual.

7. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Se no caso concreto perceber o juiz a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, como já dito o juiz deve analisar quando se deparar com essa situação o conflito de princípios e ponderar qual deve prevalecer no caso concreto. Resta-nos agora analisar as consequências jurídicas advindas desta relação familiar

Primeiramente, os vínculos com o pai biológico é rompido, o adotado passa a ter vínculo única e exclusivamente com sua nova família, mesmo que os adotantes venham a falecer o vínculo anterior não se restabelece, importante estabelecer que essa consequência se observa para todos os casos de adoção.

Será acrescido na criança o patronímico de ambos os parceiros, mediante registro civil e seguindo os ditames da Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos – esse com certeza é o maior problema no que tange as consequências jurídicas, como um filho teria dois pai ou duas mãe? É possível a lei do homem criar realidades distintas da lei natural? Seria possível o homem criar modalidades familiares que Deus na essência não criou? Essas são algumas das perguntas que será esclarecida no tópico seguinte.

A criança terá direitos e deveres de filho já que tem o mesmo nome dos adotantes.

Na seara material, os adotantes terão a obrigação de prestar alimentos em favor do adotado e o mesmo também deverá prestar alimentos futuramente ao adotante se ele tiver necessitando. Os adotantes serão objetivamente responsáveis pelo ato do adotado até que se atinja a maior idade, além disso, os bens que o adotado trazer consigo serão administrado pelos adotantes, contudo não se pode desfazer do bem, a administração visa conservação e incrementar o bem

No caso de morte a criança terá segurado seu direito de herança conforme já mencionando anteriormente.

8. ANÁLISE DO PONTO DE VISTA MORAL

Partindo do pressuposto que as relações heterossexuais é o padrão da sociedade e são essas as relações predominantes, ao passo que as relações homoafetiva são a exceção, á minoria, disso nos faz pensar que os menores colocados nessa relação homoafetiva não estariam aptos a suportar essa convivência fora dos padrões da normalidade. Mesmo que esses casais ofereçam todo o conforto, amor, afeto e carinho a qual o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como requisito da adoção, esses menores ainda estariam correndo sérios riscos sociais e psicológicos. Na contrapartida de todos esses benefícios que o casal homoafetivo pode oferecer não podemos ignorar todo o preconceito que essa criança pode vir a sofrer, é óbvio que uma criança não tem maturidade suficiente para suportar represália de amigos na escola, de vizinhos, o preconceito que essa criança sofrerá em razão de ter dois pais ou duas mães pode trazer graves conseqüências futuras, como a criminalidade, o alcoolismo isso são só alguns exemplos que pode ocorrer. Mas é claro que pode não acontecer nada disso do acima explicitado, são meras suposições, mas a realidade em que nós vivemos leva á acreditar que esses comportamentos acima mencionados a chance de ocorrer é muito grande.

Hoje o grande problema das escolas brasileiras é exatamente conter o *bullying* que podemos definir como atos de violência física ou psicológica, e um dos tipos principais de assédio nas escolas são exatamente os comentários depreciativos sobre uma família de determinada criança. Agora vejamos, se uma criança formada por uma família tradicional (heterossexual) pode vir a sofrer dessas represálias, imagine uma criança em que é formada em um ambiente familiar homoafetivo? Seria justo com essa criança suportar todos esses preconceitos? É conveniente para uma criança se sujeitar há tanta humilhação para satisfazer os interesses dos adultos em ter filhos?

Vejamos que o artigo 17º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

A colocação desses menores em entidades familiares homoafetivas não estaria colocando em risco a saúde mental, psíquica e moral da criança? A colocação desses menores nesse tipo de família contraria toda a regra estabelecida pelo referido artigo, é evidente que essas crianças vão ser abaladas psicologicamente na sua infância em razão de ser formada em uma família diferente do padrão. A adoção nessa situação embora bem intencionada vai contra o melhor interesse da criança na adoção, é evidente que nessas situações a adoção não apresentaria reais vantagens para o menor, toda a perseguição que esse menor vai sofrer nos levaria a concluir que melhor seria para esse menor esperar que uma família considerada normal se interessasse pela adoção.

Importante destacar que esse preconceito que essas crianças sofrem em nada tem de culpa os casais homoafetivo, a questão é que a nossa sociedade não está preparada ainda para receber essas crianças que venham de um meio familiar diferente, vivemos em um momento em que a opinião dos conservadores ainda prevalece sobre as opiniões dos revolucionários.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 18º dispõe que:

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

É dever de todos nós protegemos as crianças de todo constrangimento e tratamento vexatório, e uma das formas de prevenir essas crianças desses tratamentos é justamente preservar essas crianças de serem abaladas psicologicamente e moralmente em função dessa adoção

Quando a sociedade estiver preparada para receber essas crianças que vêm de família homossexual de maneira que não as discrimine,

não as humilhe, não haveria qualquer problema dessas pessoas adotarem, mas por ora concluo que a nossa sociedade não está preparada ainda para receber crianças advindas de família homoafetiva.

9. CONCLUSÃO

As pessoas têm o livre exercício de expressar seus valores morais, religiosos, seus gostos e sua preferência sexual, sem que o estado restrinja direito já que segundo a Magna Carta todos devem ser tratados em igual direito e consideração independentemente de suas opções pessoais.

A questão da adoção por pares homoafetivos não devem ser analisado simplesmente no plano jurídico, existem vários outros fatores que cercam essa questão, quando se fala em adoção deve-se analisar a viabilidade psicológica, viabilidade social, a questão do melhor interesse do menor. E quando os candidatos são um casal homoafetivo essas questões devem ser analisadas com mais profundidade ainda.

Como vimos, a questão psicológica em cada etapa da vida da criança ela necessita de uma figura seja a materna ou a paterna, e ainda em determinados momentos se faz necessário a figura de ambos os parceiros de sexos opostos, sendo assim, tem orientado a psicologia que essas crianças sejam colocadas em famílias heterossexuais justamente para elas não sofrerem com problemas psicológicos.

A nível social esse é o maior obstáculo encontrado para adoção conjunta por homossexuais, visto que essas crianças estão sujeitas a terríveis preconceitos e discriminação no ambiente escolar. Atualmente o maior problema vivenciado nas escolas é a questão do *bullying*, e uma criança que vêm desse ambiente familiar certamente sofrerá muito mais desse mal. Nessas situações concluímos que o princípio do melhor interesse estaria sendo violado para a satisfação dos interesses dos adultos.

No plano Jurídico o STF através do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, reconheceu acertadamente a união estável para pessoas do mesmo sexo e com isso os casais homoafetivos foram equiparados em iguais direitos as relações tradicionais. Com esse grande avanço do Direito a questão da adoção por esses casais se tornou ainda mais polemica, já que antes se esbarrava na impossibilidade jurídica já que esses casais não eram reconhecidos como entidade familiar. Nesta situação encontra-se uma colisão entre princípios, de um lado está o direito de um casal homoafetivo adotar já que agora é uma modalidade de família onde o STF se fundou pelo princípio da igualdade e do outro lado está o princípio do melhor interesse da criança, partindo da idéia de que um princípio não aniquila o outro e o critério para resolver esse conflito é o da ponderação, deve em cada caso específico o juiz sobreponderar qual princípio deva prevalecer para julgar a questão da adoção nessa situação. Se vários fatores e critérios demonstrarem que a adoção nessa situação não vai prejudicar a criança essa deverá ser deferida em favor dos adotando homossexuais, contudo se o juiz verificar que a adoção traga sérios riscos para o desenvolvimento mental e psicológico da criança essa adoção deverá ser rejeitada desde logo prevalecendo assim o princípio do melhor interesse da criança.

Após o julgamento do STF acima citado vêm crescendo o numero de adoção por pares homoafetivos, os juízes brasileiros tem acolhido o pedido com fundamento na decisão do STF, só que isso é um equívoco deveria eles ponderar esses princípios que se colidem o que não vimos na pratica. Os juízes buscam resolver o problema dos menores abandonados em orfanatos sem considerar o melhor interesse da criança, visto que essa questão deveria ser resolvida pelo estado e não pelo judiciário.

Por fim, a adoção por pares homoafetivos vem se verificando na pratica sem que se observem os fatores que cercam essa questão, contudo se observados todos os fatores e o casal homoafetivo demonstrar que tem condição de educar e desempenhar o papel de pai e/ou mãe não se pode impedir que eles se valham da adoção, entretanto se houver mais de um candidato na fila da adoção a família tradicional deve se sobressair sobre essa

nova modalidade de família visto que essa tem mais condições de satisfazer o melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOÇÃO: aspectos jurídicos e metajurídicos. 1.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parceiros homossexuais, aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002

DIVERSIDADE sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Fustel de Coulanges. **A cidade antiga**: texto integral. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007-2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.

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

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010-2011. v. 1, 2, 3, 5 (Série Concursos públicos)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.