



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS-UNIPAC
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

MÁRCIA CRISTINA BATISTA DA SILVA ALONSO

**A ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO
DIREITO PÁTRIO**

JUIZ DE FORA – MG

2010

MÁRCIA CRISTINA BATISTA DA SILVA ALONSO

**A ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO
DIREITO PÁTRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antonio Carlos –
UNIPAC, como um requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Fabio de Oliveira Vargas.

**JUIZ DE FORA –MG
2010**

MÁRCIA CRISTINA BATISTA DA SILVA ALONSO

**A ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO
DIREITO PÁTRIO**

Aprovada em 19 de Junho de 2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fabio de Oliveira Vargas (Orientador)

UNIPAC – JF

Prof. Ms. Ana Paula Moreira da Silva

UNIPAC – JF

Prof. Luciana de Oliveira Zimmermman

UNIPAC – JF

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele, nada seria possível.

A minha mãe Neusa Maria; que me deu a vida com amor.

Ao meu Marido Anselmo Alonso; pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

Em especial, a minha grande amiga Andréa Veiga, por sua confiança e credibilidade em minha pessoa, de sua amizade e, pelo mútuo aprendizado de vida, durante nossa convivência, no campo profissional e particular. Amiga, gratidão eterna!!

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas de curso e, especialmente a Rogéria Rita e Reidineia Zanardi; pelos momentos de aprendizagem constante e pela amizade solidificada, ao longo deste curso, que, certamente se eternizará.

Aos professores, por todo o apoio e dedicação, fundamentais para meu amadurecimento intelectual, especialmente ao Professor Fabio Vargas, pela contribuição, dentro de sua área, para o desenvolvimento da minha monografia, e, principalmente pela dedicação e empenho que me dedicou no decorrer do desenvolvimento do trabalho.

Ao Dr. Dennis Nocera, advogado do Escritório de Advocacia Perdigão & Nocera, que me possibilitou o acesso irrestrito, para estágios que se fizeram necessário.

A minha irmã Michele Batista e a amiga Sabrina, pela ajuda durante a minha ausência na empresa, para estudos, compartilharam comigo os momentos de tristezas e também de alegrias, nesta etapa.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para que este trabalho consiga atingir aos objetivos propostos.

RESUMO

Esse trabalho se justifica pela necessidade premente de se discutir o processo de adoção no Brasil de hoje, e, principalmente, como os casais homossexuais tem conseguido atender às exigências do processo de adoção, mas ainda não tem o direito de adotar crianças. Neste trabalho será traçado o panorama jurídico da adoção no direito, desde a antiguidade até os dias atuais, assim como o enfoque jurídico e doutrinário dado à adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Consideraremos também a problemática da adoção por casais homossexuais que se interessam pela adoção mas ainda não tem seu direito resguardado pela legislação brasileira, os preconceitos e a discriminação que tais casais sofrem. Discutiremos também as transformações pelas quais a tradicional família brasileira tem passado, e a necessidade do Direito se transformar conjuntamente, para atender às novas exigências que a modernidade impõe, tendo em vista que o direito é construído pelas mudanças socioculturais que a sociedade sofre ao longo dos tempos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A ADOÇÃO NO BRASIL	11
1.1 Breve histórico da Adoção	11
1.2 Enfoque doutrinário	12
1.2.1 Conceito	12
1.2.2 Natureza Jurídica da Adoção	13
1.2.3 O processo de adoção: requisitos e efeitos jurídicos	14
2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL	16
2.1 Antecedentes da adoção no Brasil: enfoque jurídico.....	16
2.2 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)	17
2.3 A adoção no Código Civil de 2002.....	19
2.4 A adoção na Constituição da Federal de 1988.....	20
3 A PROBLEMÁTICA DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO PÁTRIO.....	23

3.1 Apontamentos iniciais.....	23
3.1.1 A questão da homossexualidade: discriminação e preconceito.	24
3.1.2 Aspectos jurídicos e doutrinários.....	28
3.1.3 Entendimentos jurisprudenciais.....	34
4 LEI N° 12.010 DE 03 DE AGOSTO DE 2009 - LEI NACIONAL DA ADOÇÃO.....	40
4.1 Aspectos gerais.....	40
4.3. Inovações implantada pela lei.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	49

INTRODUÇÃO

Abordar o tema "adoção" não é tarefa fácil, visto que esta é uma matéria que transcende o contexto meramente jurídico, ligando-se às mais complexas variáveis de ordem psicossocial, econômica, política e moral. A adoção permeia a evolução da família e da própria sociedade.

Torna-se, ainda, mais difícil falar de "adoção", quando se sabe que a quase toda adoção precede um abandono. Especialmente num país como o Brasil onde grande parte da população pode ser considerada abandonada, relegada à mais vergonhosa miséria por um modelo econômico historicamente concentrador de rendas, injusto e desumano. O instituto da adoção é de importância singular na história das sociedades. Antecedentes da adoção surgem na mais remota antiguidade e perduram no decorrer dos séculos. Tal instituto vem se mantendo, se reafirmando e, principalmente se transformando ao longo dos anos.

A adoção foi conhecida nas antigas civilizações como o Egito, a Babilônia, a Caldeia e a Palestina. A própria Bíblia, livro sagrado do Catolicismo relata casos de adoção. São exemplos de adoção a história de Moisés, que foi adotado pela filha do Faraó, assim como a de Ester, que foi filha adotiva conforme se vê nas páginas do Velho Testamento.

Entre os séculos XI e XII, na Mitologia Grega vê-se através dos poemas homéricos alguns casos de adoção. Assim, no Canto IX da Ilíada, o ancião ginete Félix, chefe da embaixada de Aquileu, recorda ao filho de Peleu e descendente de Zeus, que quando abandonado pelo pai, o tomou a seus cuidados.

A adoção revela-se um instituto de grande expressão na antiguidade, ela teve acolhimento nos chamados códigos orientais dos povos asiáticos: Código de URNAMU (2.050 AC), Código de ESHNUNNA (séc. XIX AC), e no Código de HAMURABI (1.728 AC), diploma este onde se encontram textos bastante significativos sobre o instituto, contidos em oito dispositivos (185 a 193).

1 A ADOÇÃO NO BRASIL

1.1 Breve histórico da Adoção

Fustel de Colanges (2006), em sua clássica obra *Cidade Antiga*, menciona que em Atenas surgem regras precisas sobre os requisitos e formalidades do instituto da adoção, através de um sistema de inspiração religiosa com o intuito de se assegurar a perpetuidade do culto doméstico e evitar a extremada desgraça da extinção da família, visto que, na antiguidade, reinava a religião doméstica, onde a família era o núcleo numa sociedade extremamente voltada à religião na qual se cultuava os mortos, os antepassados. Toda essa religião limitava-se ao círculo de uma casa.

O dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em caso de esterilidade, e que, em caso de impotência ou de morte prematura, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família um último recurso para escapar à tão temida desgraça da extinção: esse recurso consistia no direito de adotar.

Quando se adotava um filho, era necessário antes de mais nada, iniciá-lo nos segredos do culto, “introduzi-lo na religião doméstica, aproximá-lo de seus penates”. Por isso a adoção era realizada por uma cerimônia sagrada, que parece ter sido muito semelhante à que assinalava o nascimento de um filho, pela qual o adotado era admitido ao lar e se associava à religião do pai adotivo. Deuses, objetos sagrados, ritos, preces, tudo se tornava comum entre ambos. Diziam-lhe então: “*In sacra transiit*”: passou para o culto de sua nova família.

Podemos ver que a adoção surgiu historicamente atendendo a imperativos de ordem religiosa. Num tempo em que a família era o centro da sociedade, a adoção permitiu o ingresso de um estranho ao seio da religião doméstica e permitiu a perpetuação do culto doméstico.

A adoção também pode ser vista em passagens Bíblicas, no Código de Hamurábi e também nas leis de Manu, além de ter sido objeto de leis para os gregos.

Em Roma, o instituto se cristalizou, estando originalmente vinculado ao culto dos mortos mas adquirindo, em seguida, importância política. No Direito Romano existiam duas modalidades de adoção: a *adoptio* e a *adrogatio*. A *adoptio* consistia na adoção de um *sui iuris*, uma pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um *pater familias*, que abandonava publicamente o culto doméstico originário para assumir o culto do adotante, tornando-se seu herdeiro. A *adrogatio*, modalidade mais antiga, pertencente ao Direito Público, exigia formas solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia não só o adotando, mas também a sua família, filhos e mulher, não sendo permitida ao estrangeiro. Havia interesse do Estado porque a ausência de continuador do culto doméstico poderia redundar na extinção de uma família.

Durante a idade Média, onde predominou o Direito Canônico, a adoção caiu em desuso, ressurgindo depois na Idade Moderna.

Nota-se que o instituto da adoção sempre esteve presente nas diversas legislações, com maior ou menor enfoque, refletindo assim a importância que esse instituto tem nas sociedades.

1.2 Enfoque doutrinário

1.2.1 Conceito

Venosa (2008), define a adoção como uma modalidade de filiação que busca imitar a filiação natural, também é conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma filiação biológica, mas sim de uma manifestação de vontade, Código Civil (1916), ou de uma sentença judicial, Código Civil (2002) e ECA. Segundo o doutrinador, a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva e faz com que a pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

Para Wald (2005), a adoção é uma ficção que cria o parentesco, trata-se de um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente.

A adoção, segundo Bevilacqua (2005), é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Na concepção de Pontes de Miranda, a adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº. 8.069/90), assim como no novo Código Civil (Lei nº. 10.406/2002), a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

O direito a ter uma família é um direito natural, também descrito na Constituição Federal em seu artigo 227, o qual estabelece que:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Dispõe também, em seu parágrafo 5º que a será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que deverá estabelecer os casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Conforme se vê, a adoção no Brasil é um imperativo de ordem social e ética, que possui natureza constitucional.

1.2.2 Natureza Jurídica da Adoção

Percebe-se através das várias definições da adoção que este é um instituto jurídico sobre o qual repousam muitas controvérsias.

Segundo a linha francesa tradicional, a adoção é vista como um contrato. Tal linha de pensamento sustenta que é necessário o acordo de vontades de ambas as partes. Porém, existem casos em que inexiste a vontade do adotante, casos em que tal entendimento é falho.

No direito pátrio existem duas modalidades distintas de adoção, a do antigo Código Civil (1916), que reflete natureza negocial da adoção, tendo em vista que tal diploma só

exigia uma escritura pública para a consolidação do ato, e o entendimento do novo Código Civil (2002) e do ECA, nos quais o instituto da adoção é subordinado à intervenção estatal (adoção estatutária), posto que a adoção, no entendimento moderno, é direcionada principalmente aos menores de 18 anos. O segundo entendimento vigora atualmente.

1.2.3 O processo de adoção no Brasil: requisitos e efeitos jurídicos

De acordo com a Lei 8.069/1990 - ECA, para que se concretize o processo de adoção no Brasil, são exigidos os seguintes requisitos, quais sejam:

- a) idade mínima do adotante;
- b) diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado;
- c) consentimento do adotado ou de seu representante legal;
- d) escritura pública (requisito formal).

A adoção plena é a espécie na qual o menor adotado passa a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho legítimo dos adotantes, e desliga-se de qualquer vínculo com os pais naturais e parentes, ressalvados os impedimentos matrimoniais (CF, art. 227, §§ 5º e 6º; Lei 8069/90 (ECA), art. 41).

Quanto aos seus efeitos, a adoção produz efeitos de ordem pessoal e patrimonial.

O principal dos efeitos pessoais é a transferência do pátrio poder dos pais biológicos aos pais adotivos. Dessa forma, cria-se, através de uma ficção jurídica, uma paternidade e filiação reais aos pais adotivos, passando, o adotado, a ter resguardado todos os efeitos da relação de parentesco com a família do adotante.

Sendo assim, são extintos os vínculos do filho adotivo com seus parentes consanguíneos, exceto os impedimentos matrimoniais. A extinção, suspensão ou destituição do pátrio poder dos adotantes, não restaura os mesmos aos pais biológicos.

É válido ressaltar que o adotado não adquire, pelo fato da adoção, a nacionalidade do adotante, quando este for estrangeiro.

Em relação aos efeitos patrimoniais, os mais relevantes dizem respeito aos direitos sucessórios e à prestação de alimentos. O art. 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, introduziu o Princípio da Isonomia de Direitos entre os filhos de qualquer natureza, corrigindo assim as injustiças e discriminações que vigoravam anteriormente quanto aos direitos sucessórios do filho adotivo. Desta forma, adotivo hoje, por preceito constitucional, é tão filho como qualquer outro, sendo vedado qualquer tipo de discriminação. Tal princípio é uma resposta aos anseios sociais e humanitários que sempre foram pleiteados por adotantes e adotados que antes eram discriminados. Sendo assim tal parágrafo leva em consideração a dignidade da pessoa humana, o amor existente entre adotante e adotado, respeitando seus direitos na sucessão.

Tal inovação trazida pela Carta Magna revolucionou o Direito de Família, visando estruturar a família, núcleo da sociedade, tratando-se com igualdade todos os filhos, sem qualquer tipo de discriminação.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

Atualmente existem, no Brasil, 03 (três) dispositivos legais que tratam sobre a Adoção, são eles: a Lei nº8.069/1990 - ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei nº10.406/2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, e a Lei nº 12.010/2009 - Lei Nacional da Adoção, publicada recentemente, em 03 de agosto de 2009.

Neste capítulo iremos nos ater ao ECA e ao CC/2002, assim como analisaremos o aspecto constitucional dado à adoção. A Lei nº 12.010/2009 será analisada separadamente no Capítulo IV deste trabalho.

2.1 Antecedentes da adoção no Brasil: enfoque jurídico

A história legal da adoção no Brasil nos remete ao início do século XX. O assunto é tratado, pela primeira vez, em 1916 no Código Civil Brasileiro. Posteriormente, na Lei nº. 3.133; em 1965, da Lei nº. 4.655; e em 1979 da Lei nº. 6.697, que estabelece o Código Brasileiro de Menores.

O Código Civil de 1916, a adoção era tratada no artigo 376 e seguintes. Vale ressaltar que o artigo 377, versava sobre direito sucessório, dispondo que se o adotante já tivesse filhos legítimos, nada herdaria o filho adotado. O artigo 1065, parágrafo 2º, dispunha que se o filho adotivo concorresse à sucessão com filhos supervenientes à adoção, teria direito somente à metade da herança que a estes coubesse. Esta redação expressa o caráter claramente discriminatório do antigo diploma legal. Tais artigos foram revogados pelo artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, o qual introduziu o Princípio da Isonomia de Direitos entre os filhos de qualquer natureza.

O antigo diploma dispunha também que a idade mínima para adotar era 50 (cinquenta) anos, que os adotantes deveriam ser casados entre si e que não tivessem prole legítima ou legitimada. O limite mínimo de diferença de idade entre adotante e adotado era de 18 (dezoito) anos. Era necessário também que o adotante consentisse a adoção, se capaz, quando incapaz ou nascituro, esse consentimento deveria ser dado pelo representante legal do adotado.

Posteriormente, a Lei 3.133, de 08 de maio de 1957, alterou os dispositivos supracitados. Reduziu a idade mínima para adotar de 50 (cinquenta) anos para 30 (trinta) anos. Reduziu a diferença de idade entre adotante e adotado de 18 (dezoito) anos para 16 (dezesesseis) anos. Tal Lei conferiu a possibilidade de adotar aos casados há mais de cinco anos, com ou sem filhos, excluídos os solteiros.

Com o advento da Lei n. 4.665, de 2 de julho de 1965, surge a Legitimação Adotiva, marco na legislação brasileira.

Em 1979, foi editado o Código de Menores, Lei nº 6.697. A partir desta lei, a Legitimação Adotiva (Adoção Plena) se desprende do Código Civil para se transferir definitivamente para o Código de Menores, e houve a criação da Adoção Simples. A adoção, nas suas duas modalidades - simples e plena - destinavam-se aos menores em situação irregular, conforme o art. 1, definidos no art. 2, incisos I a VI, do referido diploma menorista. Percebe-se que a Adoção Plena contemplada pelo Código de Menores de 1979, nada mais é que a antiga Legitimação Adotiva, que, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, ganhou sobrevida, numa versão mais ampla e moderna.

Este código foi revogado pelo ECA – estatuto da Criança e do Adolescente, editado em 1990.

2.2 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, trata da Adoção no Capítulo III, Subseção I, do artigo 39 ao artigo 51. Este diploma enfatiza os direitos fundamentais e acabou com a dicotomia entre Adoção Simples e Adoção Plena. Esta prevaleceu, na legislação

estatutária, para as crianças e adolescentes de 0 a 18 anos de idade, entre 18 e 21 anos, estes, desde que, anteriormente, se encontrem na guarda ou tutela dos adotantes.

Tal diploma institui algumas regras que devem ser obedecidas no processo da adoção. É vedada a adoção por procuração, estabelece a idade máxima para o adotando, qual seja, 18 (dezoito) anos, na data do pedido, a não ser que o adotando já esteja sob a guarda ou sob a curatela dos adotantes.

Estabelece que a adoção atribui ao adotado a condição de filho, tendo os mesmos direitos que o filho legítimo, inclusive os direitos sucessórios. A relação de adoção extingue qualquer vínculo com os pais e parentes do adotado, exceto os vínculos decorrentes do casamento.

É necessário também que o adotante preencha alguns requisitos, quais sejam: contar mais de 21 (vinte e um) anos, independente de seu estado civil; a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos é permitida desde que um deles seja maior de 21 (vinte e um) anos e que comprove a estabilidade da família; o adotante tem que ser, ao menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotando; pessoas divorciadas ou separadas judicialmente podem fazer a adoção conjunta desde que concordem sobre a guarda e o regime de visitas, além disso, o estágio de convivência do adotando com os adotantes tem que ter sido iniciado na constância da vida conjugal. Dispõe também que não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Institui também que a adoção será deferida somente quando apresentar reais vantagens ao adotando, devendo fundar-se em motivos legítimos, e que os pais ou representantes legais do adotando devem consentir tal procedimento. Este consentimento será desnecessário quando se tratar de criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos, ou que tenham sido destituídos do pátrio poder. Quando se tratar de adotando maior de 12 (doze) anos, é necessário também o seu consentimento.

Para que a adoção seja concretizada, a autoridade judiciária exige que haja um estágio de convivência dos adotantes com a criança ou adolescente, o prazo será fixado pela autoridade competente. Tal estágio será dispensado quando o adotando tiver menos de 01 (um) ano de idade ou, independente de sua idade, se ele já estiver na companhia do adotante durante o tempo necessário para se poder avaliar a conveniência ou não do vínculo.

Quando se tratar de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do Brasil, o estágio de convivência deve ser realizado no território nacional, e será de no mínimo 15

(quinze) dias (crianças de até 02 anos de idade), e de no mínimo 30 dias (crianças acima de 02 anos de idade). Quanto à adoção internacional ainda, estabelece o Estatuto que esta poderá ser condicionada a um estudo prévio a análise feita por uma comissão estadual judiciária de adoção, a qual fornecerá um laudo de habilitação, que instruirá o processo competente.

Sobre a questão jurídica da adoção, estabelece o referido diploma que a adoção é irrevogável, ela constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão. A adoção é irrevogável e passa a produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença. Esta sentença confere ao adotado o nome do adotante, e, a pedido deste, seu prenome poderá ser modificado. No caso de morte dos adotantes, o pátrio poder não será restabelecido aos pais naturais.

2.3 A adoção no Código Civil de 2002

Já o Código Civil de 2002, trata da adoção em seu Livro IV, Capítulo IV, do artigo 1.618 ao artigo 1.629. Tal diploma aborda de forma genérica vários institutos.

Para os doutrinadores, a Lei n.º 8.069/90 - ECA, como regente dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, não foi revogada pelo novo Código Civil, devendo ser aplicada em tudo o que não conflitar com o Novo Código Civil.

O Código Civil de 2002 deve ser observado no que tange a capacidade para adotar (art. 1.618) 18 anos, conservando-se, por oportuno, a diferença etária entre adotante e adotado em 16 anos, como disposta no ordenamento civil anterior, também absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O fundamento dessa norma está em se tentar imitar a família biológica o quanto possível.

Consoante a Constituição Federal de 1988, que trata da família nos parágrafos do seu artigo 226, o CC/2002, possibilita que o casal formado por homem e mulher, independente do vínculo matrimonial adote, basta apenas que um dos consortes tenha preenchido os requisitos exigidos pela lei (idade mínima de 18 anos e diferença entre adotante e adotado em 16 anos);

porém, no que se refere a família originada da União Estável, ainda persiste a necessidade de comprovação da estabilidade familiar.

O ordenamento civil vigente permite que haja a adoção unilateral, na qual o cônjuge ou o companheiro adote o filho do outro, sem que o pai ou mãe seja destituído do poder familiar, na verdade, a madrasta ou o padrasto alçarão a categoria de pais.

Uma novidade que o Código Civil trouxe, mas que sempre foi utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, diz respeito a necessidade do contraditório na Adoção, com sentença judicial, tornando-a, após o trânsito em julgado, em regra, irrevogável.

Rompe-se, ainda, o vínculo familiar com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais. O adotado pelo atual Código Civil, terá todos os direitos alimentícios e sucessórios, assim como os deveres.

O Código Civil de 2002 silencia a respeito de adoção por ascendentes e irmãos, ao passo que o ECA proíbe a adoção por ascendentes e irmãos do adotando.

2.4 A adoção na Constituição Federal de 1988

A Constituição da Federal de 1988 trata da adoção em seu artigo 227, o qual estabelece que é dever da família, da sociedade e do estado assegurar às crianças e adolescentes seus direitos básicos. Tal diploma instituiu o Princípio da Isonomia de Direitos entre os filhos de qualquer natureza, na medida em que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. A instituição deste princípio foi uma grande conquista em prol de filhos não naturais, posto que, anteriormente, no Código Civil de 1916, havia a distinção entre filhos biológicos e não biológicos, no que tange ao direito sucessório. Vejamos o que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O tratamento isonômico dado pela Carta Magna aos filhos adotivos e aos filhos naturais, conforme se vê acima, resultou na mudança de algumas regras relativas ao Direito Sucessório; como exemplo citamos a revogação do artigo 377 e do §2º do artigo 1.605, do antigo Código Civil de 1916. ambos determinavam a exclusão total do adotado quando da sucessão dos bens do adotante, ou a permissão para suceder somente a metade dos bens aos quais teriam direito quaisquer dos filhos naturais do adotante.

O ECA, em seu artigo 41, §2º, ratificou a norma constitucional de isonomia, estendendo-a também ao adotante, além de revogar mais um artigo do CC/1916, que ainda estava em vigor na época. Veja-se;

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais. [...] § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Finalmente, em 2002, com a edição do novo Código Civil (2002), que também se posicionou de acordo com a Constituição de 1988, colocou-se um fim a quaisquer diferenças que ainda remanesciam entre os filhos de diversas origens. Desta forma o filho adotivo passou a concorrer sem qualquer tipo de restrição, na sucessão aberta do pai.

Diante do exposto, percebemos que, no decorrer do tempo, houveram muitas modificações no que tange ao instituto da adoção no Brasil. Também é ponto pacífico que no Brasil, as adoções ainda são exclusivamente feitas por famílias nucleares burguesas – casais heterossexuais, os quais detêm o direito de adotar as crianças carentes de um lar. Não se cogita sequer, em nenhum destes diplomas, a possibilidade de adoção por casais homossexuais, o que já vem sendo discutido e aceitado em diversos países da Europa e América.

Esta discriminação quanto à opção sexual dos casais adotantes, precisa ser discutida e disseminada, posto que a família brasileira está mudando seu perfil, e o Direito, como ciência social que é, tem que se adaptar e se moldar às mudanças sociais e à realidade da época presente.

Esta questão da adoção conjunta de crianças por casais homossexuais é o núcleo do nosso trabalho, e a discutiremos e abordaremos criticamente nos capítulos seguintes.

3 A PROBLEMÁTICA DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO PÁTRIO

3.1 Apontamentos iniciais

Sabemos que a adoção é uma ficção jurídica que cria o vínculo do parentesco civil, tal ato gera laços de paternidade e filiação entre as pessoas para as quais esta relação não existe. Desta nova relação decorrem além dos reflexos jurídicos, e civis, também os afetivos, ligados aos sentimentos que passam a existir dentre os envolvidos.

A questão da adoção conjunta por casais homossexuais é um tema ainda pouco discutido, que possui várias implicações e envolve diversos pontos de vista divergentes e conflitantes, posto que está arraigado por questões culturais e preconceitos.

Conforme aduzido nos capítulos anteriores, a adoção conjunta, segundo os padrões ainda vigentes, e mesmo após a edição da nova lei de adoção – Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, ainda é permitida exclusivamente a casais heterossexuais, não sendo sequer cogitada a hipótese de permissão de adoção de crianças por casais homossexuais.

Fato incontroverso é que o perfil da família brasileira, assim como mundial, tem mudado, em face das novas composições e escolhas sexuais de seus membros. Não há que se falar atualmente em famílias compostas somente por homem e mulher. A questão da homossexualidade é uma verdade inegável na sociedade moderna, e sendo assim, não há que ignorar os efeitos e transformações que tais uniões têm trazido à sociedade em todos os seus aspectos.

Hoje, são inúmeros os casais que assumem a homossexualidade e a vivem em plenitude, passando a constituir um lar e uma vida em comum, com todas as implicações e responsabilidades que uma família nos moldes tradicionais composta por um homem e uma mulher. Uma sociedade que se diz livre, justa e solidária tem que respeitar as escolhas e

opções de cada ser humano, posto que tais opções sexuais cabem exclusivamente a cada indivíduo e não ao estado. A questão da opção sexual e liberdade de escolha têm que ser um direito resguardado a cada ser humano.

A Dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abarca também a liberdade de opção sexual que cada indivíduo tem, sendo assim, tal opção deve ser respeitada e temas relativos à homossexualidade devem ser tratados sem “pré-conceitos” e sem discriminação.

Vivemos no estado Democrático de Direito, onde princípios como a Liberdade e Igualdade, pautam, ou ao menos deveriam pautar todas as elaborações e edições de leis no país. Desta forma, o preconceito e os estigmas trazidos por ele não devem e não podem ensejar que determinado fato social não se sujeite aos efeitos jurídicos.

Outro fator, além do preconceito, que dificulta ainda mais a permissão da adoção de crianças por casais homossexuais é a omissão legal. A Carta Constitucional de 1988, a chamada constituição cidadã, que se dispôs a integrar no laço social todos os cidadãos e vetou qualquer tipo de preconceito, em nenhum momento trata do assunto, privilegiando somente a heterossexualidade, no momento que restringe a proteção à entidade familiar formada exclusivamente por homem e mulher.

O direito, como ciência social que é, tem que se adaptar à sociedade para que cumpra sua função primordial que é promover a paz e igualdade sociais. É necessário sanar as omissões legais que circundam a problemática da adoção conjunta de crianças por casais homossexuais no Brasil.

3.1.1 A questão da homossexualidade: discriminação e preconceito

É sabido que qualquer pessoa que fuja ao padrão socialmente vigente em determinada época, sofre discriminação. Em cada época há valores culturais dominantes, que geram um sistema cíclico de exclusões, fazendo com que determinados grupos fiquem à margem da sociedade, sofrendo o grande peso que traz o preconceito.

A homossexualidade existe em nossas sociedades há milhares de anos, sendo inclusive hábito em algumas civilizações antigas. Na antiguidade clássica, povos como os gregos e

romanos assumiam abertamente sua opção sexual pela homossexualidade. Na Grécia, por exemplo, o envolvimento entre pessoas do mesmo sexo chegava, em certos casos, a ter uma função pedagógica, essas relações eram quase sempre orientadas para finalidades específicas e ultrapassavam a simples busca do prazer sexual.

Na cidade-estado de Atenas, os filósofos colocavam o envolvimento sexual com seus aprendizes como um importante instrumento pelo qual se estreitavam as afinidades afetivas e intelectuais de ambos. Em Roma, havia distinções onde a pederastia era encarada com bons olhos. A pederastia dificilmente alterava a imagem do homem perante a sociedade, pois o amor ao belo, ao sublime e o cultivo da inteligência e da cultura não tinha sexo. Esse era o entendimento dos gregos e romanos sobre a homossexualidade.

Certo é que a homossexualidade é um fato histórico e universal. Torna-se uma realidade inquestionável nos tempos modernos. Fato também é que a discriminação sempre andou lado a lado com a homossexualidade.

Com a assimilação do valor estritamente procriador do sexo, disseminado pela cultura judaica, a concepção sobre o ato homossexual foi ganhando novas feições e a popularização do cristianismo trouxe consigo a idéia de que o sexo entre iguais seria pecado. Tal concepção vigora até hoje e traz consigo um lastro do preconceito e negação. Hoje em dia, somos acostumados a estabelecer culturalmente um conjunto de idéias sobre os homossexuais que, muitas vezes, tendem para o campo dos preconceitos.

Segundo o professor Enézio de Deus Silva Júnior (2008, p. 55), a homossexualidade é fato histórico inegável, vejamos:

“a homossexualidade é uma prática sempre presente na história da humanidade, por se constituir uma das possíveis orientações afetivo-sexuais humanas – caracterizada pela predominância ou manifestação de pessoas ao mesmo sexo biológico que não se reduz a simples escolha ou opção sexual.”

Há pouco tempo atrás o preconceito em relação a pessoas que se entregavam a relacionamentos homoafetivos era latente e aberto, chegando a se excluir do convívio social pessoas que tivessem tal comportamento. Atualmente, ainda existe tal preconceito, mas este se encontra velado, camuflado, e chega a coexistir em diversos segmentos sociais, porém,

devido ao fato de que tais relacionamentos têm aumentado em grandes proporções, faz-se uma aceitação com reservas.

Atualmente acontece uma crise no conceito tradicional de família, e surgem novas possibilidades de composição desta. Ocorre que o conceito patriarcal de família mudou, observa-se hoje uma crescente tendência ao reconhecimento, pela sociedade e pelo próprio Estado, de variadas formas de família. É nesta nova forma de composição de família que se localizam as famílias formadas por pares homoafetivos.

Para o professor Enézio de Deus Silva Júnior (2008, p. 39),

“a decadente família patriarcal, por exemplo, foi erigida culturalmente (como já visto com o reforço psicológico de todo um aparato político-religioso) á condição ideal indissolúvel de entidade familiar. Isso contribuiu para que se reduzisse a visão dinâmica intersubjetiva da afetividade humana, em suas múltiplas possibilidades de manifestação e de organização, no âmbito histórico-social.”

Segundo ele, a estrutura familiar que deve ser defendida é, antes de qualquer coisa, um espaço psíquico afetivo das pessoas. Isso exclui a compreensão da família como tendo “a verdade heterossexual estabelecida como padrão normal de sexualidade”. (ENÉZIO DE DEUS SILVA JÚNIOR, 2008, p. 39).

Neste mesmo sentido é o entendimento da Desembargadora Maria Berenice Dias, ao reconhecer as famílias plurais, que são famílias matrimoniais, informais, homoafetivas, monoparentais, anaparentais, pluriparentais, paralelas, e ainda, as eudemonistas.

A autora conceitua esses novos tipos de família, vejamos algumas: família matrimonial é aquela constituída através do casamento civil e/ou religioso, até a promulgação da Carta Constitucional de 1988 esta era a única entidade familiar admitida em direito. Logo após a publicação da Carta Magna em 1988 – artigo 226, parágrafo 3º, as famílias informais passaram a ser acolhidas sob o conceito de união estável, tendo, de um modo geral, os mesmos direitos que as famílias tradicionalmente reconhecidas. Por família monoparental entende-se a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, é reconhecida através do artigo 226, parágrafo 4º do referido diploma legal. Este tipo de entidade familiar representa atualmente um terço das famílias brasileiras, mas não encontra, até hoje, abrigo no Código Civil Brasileiro, o qual se omite quanto aos seus direitos.

Existe também a chamada família anaparental, cuja característica é a convivência marcada pela união de esforços durante um longo período de tempo, porém sem a conotação sexual. Alguns autores como a própria desembargadora, por exemplo, acreditam que, por analogia, cabe aplicar-se a esta, as disposições de que tratam o casamento e a união estável.

Já a família pluriparental, também conhecida como mosaico, é aquela que traz em seu bojo uma multiplicidade de vínculos decorrentes de novas formações resultantes de fatos como o divórcio, a separação, novos casamentos.

Por famílias paralelas entendem-se aquelas tratadas pelo direito como concubinato, este tipo de composição familiar não encontra apoio nas leis do estado, vez que no Brasil, a monogamia é condição “sine qua non” para o reconhecimento do núcleo familiar. Porém, os filhos nascidos das relações de concubinato são protegidos pelo direito. Família eudemonista é aquela ligada por laços de afetividade, pela busca de felicidade e pela realização pessoal.

Finalmente, e esta é objeto do nosso estudo, despontam, no final do século XX, as famílias homoafetivas. Tipo familiar que foi até então escondido, reprimido, discriminado e rejeitado pela sociedade. É composta por pares do mesmo sexo, e ainda hoje não encontra reconhecimento legal, talvez por preconceito ou até mesmo receio do legislador em reconhecer tamanho fenômeno tão crescente nos tempos modernos.

Mesmo diante do fato da existência das famílias homoafetivas, realidade inegável por todos, ainda existem barreiras estabelecidas pelo preconceito, que são inúmeras, desde questões puramente ligadas ao convívio, questões culturais e até questões legais, que abarcam o direito de família e direito sucessório.

Tais valores culturais, arraigados em nossa sociedade, acabam por gerar um sistema de exclusões, que decorre de atos, palavras e a imputação de estigmas às pessoas que ousam manifestar livremente suas opções sexuais.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 01),

“Partindo do pressuposto que duas pessoas que passam a ter uma vida em comum e cumprem os deveres de assistência mútua, envolvimento estável, caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o escopo de construir um lar, indubitável é que tal vínculo, independente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da Lei.”

Ressalta ainda a referida autora que,

“o movimento libertário que transformou a sociedade e mudou o conceito de família também emprestou visibilidade aos relacionamentos homossexuais, ainda que o preconceito faça com que essas relações recebam o repúdio de segmentos conservadores. Mas a homossexualidade existe, sempre existiu, e em nada se diferencia dos vínculos heterossexuais, os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante”

Desta forma, há que se ponderar que o estigma imputado por tal preconceito não pode ensejar que um fato social, perceptível por todos, não se sujeite aos efeitos jurídicos que tal relação implica. Sendo assim, já é tempo de extirparmos de vez o preconceito e fazer com que todos independentes de suas opções sexuais, tenham seus direitos realmente resguardados e que tenham a possibilidade de formar uma família através de laços de amor e afeto.

3.1.2 Aspectos jurídicos e doutrinários

A República Federativa do Brasil, através da publicação da Carta Magna de 1988, estabeleceu como um de seus fundamentos a Dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88). Tal preceito resguarda o direito a todo ser humano ter uma vida plena, digna, onde a saúde, a educação e a liberdade são conceitos básicos e imprescindíveis.

São ainda objetivos da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, CF/88) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, inciso IV, CF/88). Estes objetivos devem nortear todas as decisões estatais e legais.

A Igualdade, princípio reiteradamente invocado na Carta Constitucional e também proclamado nas Declarações de Direitos Humanos é almejada por todos e em todos os tempos e revela-se como o objetivo maior de uma sociedade.

A restrição de direitos com base na orientação sexual fere claramente os preceitos descritos na Carta Magna de 1988. Tal restrição se mostra clara quando se trata da tentativa de

adoção de crianças por casais homossexuais no Brasil. Esta questão não foi alcançada por tal fundamento, pelos objetivos fundamentais e tampouco pelo Princípio da Igualdade.

A questão jurídica hoje é se podemos reconhecer uma união homossexual por meio de uma ação de reconhecimento de sociedade de fato, uma ação de reconhecimento de união estável ou uma ação de reconhecimento de entidade familiar.

A ação de reconhecimento de sociedade de fato ocorre quando pessoas se unem em razão de um objetivo econômico e, portanto, desconsidera as questões de ordem afetiva ou sentimental.

Quanto à união estável, a Constituição Federal prevê que esta situação só pode ser reconhecida entre homem e mulher, nada dispondo a respeito de relações homoafetivas. Entretanto, muitos juízes no Brasil têm equiparado a união homoafetiva a uma união estável.

A terceira ação, de reconhecimento de entidade familiar, também é uma opção, pois nesta relação as pessoas estariam ligadas entre si por questões consanguíneas e afetivas com o objetivo de constituir uma família.

Existe uma completa omissão legal no Brasil, no que tange ao tema da adoção de crianças por casais homossexuais, posto que nenhum diploma legal concede tal permissão. O fato de não haver precisão legal específica para determinada situação, não significa a inexistência de direito à tutela jurídica.

O maior conflito está na existência de diferentes pontos de vista. Existem grupos contra e a favor a adoção por casais homossexuais. São dois os motivos da relevância do tema, quais sejam: o reconhecimento perante a sociedade da existência de um núcleo familiar homoafetivo e a consequência gerada aos adotados por estas famílias.

Embora haja todo esse impasse acerca do assunto, não podemos ignorar o direito dos homossexuais à adoção, e tampouco os benefícios trazidos à sociedade em decorrência da formação de um novo lar às crianças que necessitam ser adotadas.

As crianças precisam de dedicação, cuidado, respeito e amor, precisam de alguém que lhes dê condições para crescerem de maneira saudável, tendo seus direitos e deveres observados e respeitados. Sabemos que existem muitos casos de crianças que são maltratadas, muitas vezes por seus próprios pais e mães. O processo de adoção deve levar em conta não a opção sexual do adotante, mas sim as condições dos postulantes de oferecer à criança que desejam um ambiente em que ela possa se desenvolver de forma saudável e plena.

Há que se atentar para o fato de que a concepção moderna de família trouxe várias inovações a esta. Conforme aduzimos no tópico anterior, a família homossexual é uma realidade que não pode mais ser negada na sociedade moderna.

Inúmeros são os lares formados por casais homoafetivos. O não reconhecimento legal destas uniões e a falta de atribuição de direitos a estes, constituem um cerceamento da liberdade e também uma forma de opressão. Falta que se conceda a tais casais, a oportunidade de adotarem uma criança e darem a esta todo o amor, carinho, oportunidade e conforto de que ela necessita.

Existem hoje, inúmeros trabalhos científicos a respeito da inserção e do desenvolvimento de crianças e adolescentes em lares homoafetivos. Concluíram-se, através destes estudos que não foram percebidos danos á formação da prole e nem distúrbios a justificarem que pessoas homossexuais sejam menos preparadas para o bom exercício da paternidade/maternidade. Os filhos oriundos de tais relações homoafetivas apresentaram formação da personalidade com os mesmos desafios e nuances daqueles educados por casais heterossexuais.

Quando se trata de adoção de crianças e adolescentes, de acordo com o Artigo 43 da lei 8.069/90 – ECA, o que importa é que a adoção apresente “reais vantagens para o adotando e que se funde em motivos legítimos”. Desta forma, não há que se limitar a permissão da adoção somente a casais heterossexuais, posto que casais homossexuais tem as mesmas condições financeiras e emocionais de proporcionar a uma criança/adolescente um verdadeiro lar. Não é a opção sexual de uma pessoa que a desqualifica para o exercício da maternidade ou paternidade responsável.

De acordo com o Professor Enézio de Deus (2009, p 01),

“Tentar vedar, simplesmente, a adoção por casais homossexuais – sejam solteiros, sejam em convivência afetivo-familiares estáveis – gera, pois, outra inconstitucionalidade, por obstruir o exercício de um direito, também fundamental das pessoas, qual seja: o de formar uma família pelos laços de afeto”.

Segundo Maria Berenice Dias (2009),

“Os relacionamentos fundados na identidade de sexo do par merecem regulamentação, sem que se possam confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas”. Acrescenta ainda a autora que “o não reconhecimento legal dessas uniões e a falta de atribuição de direitos a esse grupo constituem certamente um cerceamento da liberdade e uma das formas em que a opressão se revela”.

Um marco na legalização das uniões homoafetivas veio com a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Esta lei visa coibir a violência doméstica. Ela representa o primeiro marco legal que faz referência expressa às famílias homossexuais, pois proíbe as discriminações por orientação sexual. Vejamos seu artigo 2º:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Ainda referente à orientação sexual, acrescenta o artigo 5º da referida lei:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Podemos ver no parágrafo único deste dispositivo que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. Maria Berenice Dias (2009), comenta que,

“Tal preceito trouxe tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. Assim a lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas.”

O inciso III do artigo supracitado define como família qualquer relação íntima de afeto, desta forma, as relações homoafetivas também estão incluídas no conceito de família trazido por esta lei. Sendo assim, todas as relações íntimas de afeto, em ambiente familiar ou de convívio, estão protegidas pela referida lei.

A partir dessa nova definição de entidade familiar trazida pela Lei Maria da Penha, não há mais que se questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo, assim como não há que se negar efeitos jurídicos a tais entidades.

Mas mesmo com a publicação desta lei, ainda não existe a concessão de direitos como ocorre com os cônjuges e partícipes de uma união estável.

Anteriormente, as uniões homossexuais, quando era reconhecida a sua existência, estavam ligadas ao Direito das Obrigações, conhecidas como “sociedades de fato”. Nesses casos, a justiça se limitava a questões de ordem patrimonial. Hoje, há uma tendência em se inserir tais discussões no âmbito do Direito de Família, e com a publicação da Lei Maria da Penha, tais uniões tem proteção do Estado.

Em relação à adoção homoparental, já existem muitos julgados no Brasil neste sentido. Sobre os requisitos para se adotar, que já foram vistos no capítulo I deste trabalho, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que podem adotar os maiores de vinte e um anos (leia-se dezoito anos), independente do estado civil. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.618, também define que só pode se qualificar como adotante pessoa maior de 18 (dezoito) anos. Podemos deduzir então que qualquer pessoa que preencha os requisitos exigidos por ambos dispositivos, pode adotar uma criança ou adolescente.

Sob este prisma, seria inconstitucional então se levar em conta a opção sexual do adotante como motivo abonador ou desabonador no processo da adoção, pois tal opção é questão de foro íntimo, e sua invasão vai de encontro ao direito à Intimidade e à Igualdade, tornando-se uma forma de discriminação, a qual é proibida segunda a Carta Magna de 1988.

O professor Junior, Enézio de Deus Silva (2008, p. 143),

Aduz que “os juízes podem encontrar fundamentação científica favorável à adoção por homossexuais e bissexuais, além de estudos feitos no Brasil, também nos dados e conclusões apresentados por um estudo feito pela Universidade de Harvard em 1990 (Harvard Law Review, apud SILVA JÚNIOR, 2008, P 143)”.

A Professora Maria Berenice Dias traz a possibilidade de uma analogia entre adoção de casais homoafetivos e união estável. Segundo ela, se o ordenamento jurídico brasileiro possibilita, além do casamento civil, a união estável, analogicamente, um par homoafetivo tem a mesma possibilidade de adotar uma criança que um casal heretoafetivo. Maria Berenice Dias (2003, p. 269/275), entende que:

“Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: os filhos deixados, a mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que reconhecer como atual e adequada a observação de Clóvis Beviláqua ao visualizar um misto de cinismo e de iniquidade, chamando de absurda e injusta a regra do Código Civil de 1916 que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.”

De acordo com esse entendimento, atribui-se então, analogicamente à família homoafetiva o mesmo tratamento dado à união estável, com os mesmos direitos e deveres desta, posto que, no momento atual, um dos direitos mais reclamados pelos homossexuais que convivem em núcleo familiar com seus pares é o direito à adoção.

Se tais casais homoafetivos reúnem todos os requisitos exigidos pela lei, não deve haver então nenhum impedimento para que estes efetivem a paternidade ou maternidade,

posto que sua relação configure o conceito mais amplo de família, e sendo assim, devem ter resguardados todos os direitos e deveres a ela inerentes. Negar-lhes o direito de adotar contraria seriamente vários princípios do direito moderno.

O aumento do número de adoções resolveria grande parte do problema das crianças órfãs de nosso país, visto que há um enorme contingente de menores abandonados, que poderiam ter uma vida com conforto, educação e carinho.

O preconceito, entretanto, faz com que a sociedade pereça e que muitas crianças sejam privadas de ter um lar, afeto, carinho, atenção. Precisamos romper a barreira da discriminação e permitir que o desejo da adoção, seja por casais homossexuais ou não, torne-se um instrumento efetivo na resolução dos problemas com as crianças que não tem lar, nem identidade.

A adoção reforça os laços de afeto, criando-se um lar com base no amor idêntico ao que nutrem entre si pais e filhos. O que determina a verdadeira filiação não são os traços genéticos, mas sim os laços de carinho e afeto que são construídos, especialmente na adoção.

A adoção por homossexuais é possível e justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazerem parte de uma família e de receberem proteção e amor. A capacidade de ofertar amor é intrínseca a qualquer ser humano, seja ele heterossexual ou homossexual.

A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais, só prejudica o menor, principalmente quanto o aspecto patrimonial, já que, tendo o status de filho, este passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos, assim como os direitos sucessórios.

3.1.3 Entendimentos Jurisprudenciais

A jurisprudência brasileira nesse sentido não é muito expressiva, assim como também não está pacificada. Existe, porém uma tendência em se discutir cada vez mais este tema que é de grande importância para a sociedade de um modo geral.

O primeiro caso registrado no Brasil de crianças adotada por casal homoafetivo aconteceu, em 2005, em Bagé, Rio Grande do Sul. Uma das mulheres conquistou o direito de

adotar dois irmãos biológicos, de 3 e 2 anos. Em seguida, a companheira da requerente entrou com ação pedindo novamente a adoção dos menores.

Outro caso aconteceu em Goiás, onde um casal homossexual feminino ganhou na justiça deste estado o direito de adoção da criança. Desde abril de 2008, a funcionária pública federal E.M.S., 49, e a bibliotecária A.L.S.V., 34, tinham a guarda de uma menina de 2 anos e 10 meses. A decisão inédita foi concedida pelo juiz Maurício Porfírio, do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia (JIJ). Para suprir a ausência de lei específica sobre o tema, o magistrado baseou-se em sentença semelhante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS).

Outros casos de adoção de crianças por casais do mesmo sexo já foram registrados no Brasil. O caso mais recente aconteceu em maio de 2009, no Rio Grande do Sul. O juiz da 8ª Vara de Família de Porto Alegre, Cairo Madruga, garantiu às professoras universitárias Michele Kamers e Carla Regina Cumiotto o direito de registrar como filhos de ambas os gêmeos nascidos por inseminação artificial e gerados por uma delas.

Sobre esta decisão, a Desembargadora Maria Berenice Dias (2009),

Acrescentou que as crianças “têm duas mães, e a Justiça não pode negar isso”. Mencionou que o vínculo de filiação afetivo, e não o biológico, vem sendo privilegiado pela jurisprudência. “O direito à convivência familiar constitui prioridade absoluta”, afirmou. “A pretensão da adotante é dar aos filhos a segurança de que terão direitos. A negativa apenas deixaria crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe.”

Na Justiça paulista tramita caso semelhante. Adriana Tito Maciel e Munira Kalil El Ourra pretendem criar e registrar os filhos, também gêmeos, como uma família. Neste caso, contudo, as duas mulheres podem ser consideradas genitoras das crianças. Foi feita uma fertilização artificial, o óvulo fecundado (por doador desconhecido) de Munira foi implantado no útero de Adriana.

A seguir citaremos algumas jurisprudências relativas à adoção de crianças por casais homossexuais, assim como sobre a equiparação da família homoafetiva à união estável, dando

àquela o mesmo tratamento dado a esta, com os mesmos direitos e deveres que lhe são característicos.

- a) “ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com característica 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 a seus cuidadores. È hora de abandonar de vez os 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 os adotantes. Negaram provimento. Unânime.” (TJRS 7ª C. Civ., AC 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.05.06).
- b) “ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. A afirmativa de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: Unânime.

Resultado: Apelo improvido. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Acórdão: Apelação Cível – Processo: 1998.001.14332. Relator: Desembargador Jorge Magalhães. Julgamento: 23.03.1999. Nona Câmara Cível.

- c) “HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possa andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.” (TJRS AC 598.362.655, 8ª C.Civ., Rel Des. José Trindade, j. 01.03.00).
- d) “DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença constituída para o devido prosseguimento do feito.” (TJRS, AC 70005733845, 2ª C. Civ. Esp., Rel. Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 20.03.03).
- e) “UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídico às uniões homoafetivas impõe que a justiça complete a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita a analogia com a união estável, que se encontra devidamente

regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.” (TJRS, EI 70003967676, 4º Grupo de C. Civ., Rel Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09.05.03).

- f) “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecido judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através de séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem afeição 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. Negado provimento ao apelo.” (TJRS Ap. Civ. 70012836755 – 7ª CC – j. 21.12.2005 –rel. Des. Maria Berenice Dias).
- g) [...]No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis. [...] Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada. [...] Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto. É preciso É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera,

acima do mero fato biológico, a convenção social. [...] Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. [...] os estudos especializados não indicam 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 a seus cuidadores. [...] (Apelação Cível 70013801592, 7ª Câmara Cível TJRS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 05/04/2006) (grifou-se).

Através dos julgados acima transcritos, podemos ver que, se não todo, ao menos parte do preconceito que circunda este tema já foi superado por alguns magistrados, e até mesmo por parte da sociedade. Mas ainda há muito que se fazer, não apenas pelos juízes ou desembargadores, mas também pelos legisladores e doutrinadores e todos nós, cidadãos brasileiros.

4 LEI Nº 12.010 DE 03 DE AGOSTO DE 2009 - LEI NACIONAL DA ADOÇÃO

4.1 Aspectos gerais

Atualmente, cerca de 80 mil crianças e adolescentes estão abrigados em instituições espalhadas pelo país. Segundo Maria Berenice Dias (2009), “estas crianças não podem depositar todas as suas esperanças de conseguirem uma família na nova Lei de Adoção (12/10/09), que foi sancionada no último mês de julho pelo presidente Lula”.

A ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul participou do III Congresso Paulista de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), nos dias 27, 28 e 29 de agosto de 2009 em São Paulo.

Para a ex-desembargadora Maria Berenice Dias, a lei já nasceu burocrática e não atende o melhor interesse da criança. Maria Berenice Dias afirma que a primeira barreira talvez esteja na regras para a mãe que deseja entregar os filhos à adoção.

“O consentimento precisa ser colhido em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público, e isso depois de esgotados os esforços para a manutenção do filho junto à família. Esse procedimento é tão burocrático que vai fazer crescer ainda mais a fila de interessados na adoção.” (MARIA BERENICE DIAS, 2009).

Maria Berenice Dias também critica a restrição de adoção de crianças por casais homossexuais. A lei, no entanto, dispõe que qualquer pessoa maior de 18 anos,

independentemente do estado civil, pode se candidatar a pai ou mãe adotiva. Para ela, essa disposição não atende o melhor interesse da criança, “pois pai e mãe homossexuais podem adotar, levar a criança para conviver com seus parceiros e o registro civil ficará apenas no nome de quem deu entrada ao processo”. Ou seja, se o outro parceiro morrer ele não tem obrigação jurídica nenhuma com a criança.

Quando da sanção da lei, ao comentar as novas regras para a adoção no Brasil, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) elogiou um dos pontos atacado por Berenice, que é a atenção específica à gestante que manifesta interesse em entregar o seu bebê. Para a entidade, a medida é fundamental para evitar que “mães desesperadas” deixem suas crianças em locais inadequados, colocando em risco a própria vida e a dos recém-nascidos. “É uma decisão difícil de ser tomada e, neste momento, o que a genitora precisa é de acolhimento e orientação”, afirmou a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Especialistas acreditam que essa lei na verdade é uma legislação sobre o direito a convivência familiar. Pois trata de assuntos bem mais amplos do que a adoção, reconhecendo inclusive a família ampliada. A lei diz que a prioridade é a criança ficar com a família. Nunca em uma instituição. Tudo deve ser feito para que a mãe biológica ou a família ampliada (avós, tios ou algum parente) permaneça com a criança. E quando isso não é possível, cria procedimentos iguais em todo o Brasil de cuidado e direito da família substituta, que se dá pela adoção.

4.2 Alterações e inovações trazidas pela Nova Lei de Adoção

A Lei Nacional da Adoção - Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009 trouxe alterações nas Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992; e revogação nos dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

A nova lei se inicia reafirmando a necessidade de atenção ao período anterior ao nascimento. Têm dispositivos que trazem consigo a obrigatoriedade de atenção á gestante que manifesta interesse em entregar seu filho à adoção. A lei garante a estas pessoas o amparo legal e assistência para encaminhar seus filhos à adoção. Estas gestantes devem ser encaminhadas ao poder Judiciário sob pena de multa aos médicos e enfermeiros que estejam a par da situação. Essa medida visa evitar que mães desesperadas deixem seus filhos em locais inadequados, expondo o risco a própria vida do recém nascido.

Uma importante definição trazida pela lei foi a “família ampliada”, entendendo-se por esta “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos, ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (Artigo 25, Lei 12010/09). Aqui há uma reafirmação de que não basta apenas o laço sanguíneo, mas também a necessidade de que haja afinidade e afetividade, elementos fundamentais para garantir, de modo pleno, o direito á convivência familiar.

Sobre a questão da família biológica, a lei somente veio regulamentar o que, na prática, já vem ocorrendo, priorizando, por parte dos magistrados, a família biológica em casos de adoção. Em seus diversos artigos, a lei reafirma que adoção é a última das opções como um mecanismo de garantia do direito à convivência familiar. Afirma que, primeiramente, devem ser esgotadas todas as possibilidades de permanência da criança em sua família, compreendida a família extensa, para depois se optar pela adoção.

Houve a redução da idade mínima do adotante, de 21 anos para 18 anos e estabeleceu-se conferir maior celeridade aos processos para destituição do poder familiar. Estabeleceu-se também que os maiores de 12 anos podem se manifestar sobre o processo de adoção e, após os 18 anos, possam, se assim desejarem, ter conhecimento de sua filiação biológica. A adoção pode ser feita por uma pessoa sozinha ou por casais que sejam casados ou vivam em união estável. A única restrição é que o adotante tenha pelo menos 16 anos a mais do que o adotado. Casais que queiram adotar uma criança precisam ser legalmente casados ou manter união civil estável reconhecida judicialmente

Serão criados cadastros estaduais, garantindo o acesso a estes até mesmo por famílias estrangeiras. Hoje, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) é administrado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a colaboração de todos os juizes da Infância do País. Os

números atuais indicam a existência de 3.330 crianças cadastradas e de 23.552 famílias aptas à adoção, conforme dados obtidos no site do CNJ.

Este cadastro será a principal opção para a aproximação da criança a seus pretendentes, colocando a doação direta (aquele na qual as pessoas já comparecem ao juizado com a criança ou adolescente que pretendem adotar), como uma exceção e limitada a hipótese prevista no inciso II, do parágrafo 13 do artigo 50 da nova lei. Esta medida visa evitar o comércio, a intermediação indevida e a exploração de crianças que daí poderá decorrer.

Em relação à adoção internacional, as regras que permitem a estrangeiros adotarem crianças brasileiras ficaram mais rígidas, visando evitar irregularidades e fraudes no processo de adoção. No artigo 51 da nova lei, o legislador tratou de forma pormenorizada a adoção internacional. Anteriormente, essa modalidade de adoção era aquela formulada por estrangeiro residente fora do país, e, desta forma, não alcançava brasileiros que não residissem no Brasil. Agora, essa modalidade de adoção passou a incluir expressamente os brasileiros residentes no exterior, mantida a preferência dos nacionais.

O prazo de habilitação para casais residentes no exterior adotarem, após conseguirem a autorização, tanto em seu país quanto no Brasil, foi reduzido de 02 (dois) anos para 01 (um) ano.

Em relação ao abrigo das crianças, pelas novas regras, em relação ao prazo de abrigo, as crianças e adolescentes não devem ficar mais do que dois anos nos abrigos de proteção, este é o prazo máximo fixado pela nova lei, salvo haja alguma recomendação expressa da Justiça. Esse prazo visa evitar que as crianças passem sua infância toda institucionalizadas. O acolhimento familiar reflete uma medida de proteção à criança. Os abrigos também devem mandar relatórios semestrais para a autoridade judicial informando as condições de adoção ou de retorno à família dos menores sob sua tutela, para isso, foi criada a guia de Acolhimento, documento onde deve conter todas as informações da criança ou adolescente colocada na instituição.

A ex-desembargadora Maria Berenice Dias avalia que a adoção agora se transformou num grande processo, com petição inicial e tudo mais. O procedimento exige comprovante de renda e de domicílio, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e negativas de distribuição cível. O Ministério Público ainda pode solicitar audiência para ouvir testemunhas.

Sobre a habilitação de pretendentes à adoção, agora será necessária uma preparação dos adotantes, antes que estes se candidatem à adoção. Quem desejar adotar uma criança terá que passar por uma preparação prévia. Na prática, muitos juízes já vinham adotando essa medida, mas agora tal procedimento tornou-se obrigatório. Esta preparação inclui aspectos psicossociais e jurídicos.

Agora, com a precisão do procedimento e das exigências necessárias para o deferimento do pedido de adoção, padroniza-se o procedimento entre os juízes, dando maior segurança ao sistema, que já está integrado ao Cadastro Nacional de Adoção. O artigo 197 e seguintes trata dos procedimentos necessários à habilitação de pretendentes à adoção.

O artigo 208 da referida lei, reafirma a necessidade de colocar fim às práticas de desvio de crianças do sistema oficial de acompanhamento das adoções, com o fim de dar mais segurança ao sistema atual.

A lei termina salientando a necessidade imediata das Varas da Infância e Juventude se adequarem às novas regras, instituindo de imediato a preparação para os novos habilitados e até mesmo para aqueles que já se habilitaram.

Uma dúvida que resta entre os estudiosos do tema é se o Poder Judiciário está preparado para as mudanças trazidas pela nova lei. Participantes da Frente Parlamentar de Defesa dos direitos da Criança e da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, em parceria com a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, lançaram uma cartilha visando difundir as novas regras do processo de adoção. O objetivo desse trabalho é sensibilizar a sociedade, principalmente para a adoção inter racial e de crianças com mais idade, pois estas são as que ficam esquecidas nos abrigos.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou um Guia Comentado sobre as Novas Regras da Adoção, uma campanha em favor da adoção consciente.

Existem muitas críticas feitas à nova lei, dentre elas, a ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias. Para Berenice, seria melhor que a nova lei não existisse. A norma tem muito propósito e pouca praticidade, diz. Ou seja, não melhorou a anterior. “Há anos se alimentou expectativas sobre ela e, agora que foi sancionada, poucos são os avanços e quase nulas as chances de se esvaziarem os abrigos onde se encontram depositados essas crianças e adolescentes.” Berenice completa: “Essa lei, infelizmente, não consegue alcançar seus objetivos e eu temo que adoção seja só um sonho”.

Acreditamos que, mesmo estando longe do ideal almejado, esta lei trouxe inovações favoráveis ao processo de adoção, principalmente no tocante à família ampliada e à assistência a gestante. Este foi mais um passo positivo no sentido de adequarmos o processo de adoção à realidade brasileira e ao grande número de crianças que necessitam de um lar.

No Guia Comentado sobre as Novas Regras da Adoção, publicado pela AMB, existem, ao final, perguntas referentes às dúvidas frequentes quanto ao processo de adoção e suas implicações. Somente neste momento da cartilha é que o tema da adoção por homossexuais foi abordado.

Existem duas perguntas a este respeito. A primeira pergunta sobre o tema é a seguinte: Um casal homossexual pode adotar conjuntamente? Segue a resposta: Apesar de alguns entendimentos favoráveis por parte de juízes, a maioria deles entende que não é possível. A legislação brasileira não reconhece a união civil entre pessoas do mesmo sexo, embora seja inegável o crescente número de homossexuais convivendo no Brasil e no mundo. Assim, de acordo com a legislação vigente no País, apenas um deles poderá pleitear a paternidade/maternidade adotiva de uma criança/adolescente.

A segunda pergunta é: Uma pessoa de orientação homossexual pode adotar? Segue a resposta: Sim. O ECA não faz qualquer referência à orientação sexual do adotante. A adoção será deferida desde que apresente reais vantagens para o adotando, fundamente-se em motivos legítimos, e ofereça ambiente familiar adequado. Considera-se que a adoção tem sido marcada por uma imitação da família biológica, em parte para que as diferenças físicas entre pais e filhos adotivos não fiquem explicitadas e um padrão idealizado de família tradicional se perpetue. O mundo contemporâneo vem passando por transformações importantes no âmbito dos valores e das formas de relacionamentos. Surgem novos modos de organizações familiares e sociais, fazendo-nos supor que a adoção de crianças e adolescentes venha a ser buscada e concebida cada vez menos espelhada no modelo da família nuclear convencional. É nessa perspectiva que a legislação tem se mostrado sensível em acompanhar essas transformações que passam as organizações familiares em nossa sociedade, ampliando o leque de pessoas que podem vir a se tornar pais adotivos.

Um ponto negativo em relação à nova lei, e aqui concordamos com o posicionamento da professora Maria Berenice dias, é que a lei faz restrição à adoção de crianças por casais homossexuais. De acordo com a pergunta e resposta acima transcritas, não é possível a adoção de crianças por um casal homossexual porque a legislação brasileira não reconhece a

união civil entre pessoas do mesmo sexo, mesmo sendo inegável o crescente número de homossexuais convivendo no Brasil e no mundo. Desta forma, ainda não é possível a adoção conjunta por casais homossexuais. Porém, é possível no país, que apenas um deles possa pleitear a paternidade/maternidade adotiva de uma criança/adolescente. Isto porque o ECA não faz qualquer referência à orientação sexual do adotante. A adoção pode ser deferida desde que apresente vantagens reais para o adotando, e fundamente-se em motivos legítimos, além de oferecer um ambiente familiar adequado à criança/adolescente.

Acreditamos que ainda serão necessárias modificações legislativas no sentido de se permitir aos casais homossexuais a adoção de crianças e ou adolescentes. Basta que se deixe de lado o preconceito e a discriminação para que tal lei, que se faz necessária, possa ser discutida e posteriormente aprovada, para que se atenda a um clamor da sociedade e para que se possa oferecer às milhares de crianças abandonadas e carentes um verdadeiro lar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho procuramos abordar com tem sido feita a adoção por famílias homoparentais no Brasil, tendo em vista que a nossa legislação ainda apresenta entrucamentos quanto à este instituto, além de estabelecer várias exigências que, na maioria das vezes só fazem retardar ou até mesmo impedir o processo da adoção, prejudicando assim as crianças que necessitam de um lar. Suscitamos a necessidade premente de se discutir os processos de adoção no Brasil de hoje, e, principalmente, como os casais homossexuais têm conseguido atender às exigências do processo de adoção, mas ainda não tem o direito de adotar crianças.

Consideramos a problemática da adoção por casais homossexuais que se interessam pela adoção mas ainda não tem seu direito resguardado pela legislação brasileira, os preconceitos e a discriminação que tais casais sofrem.

Fato é que as transformações pelas quais a tradicional família brasileira tem passado, refletem a necessidade do Direito se transformar conjuntamente a elas, para atender às novas exigências que a modernidade impõe, tendo em vista que o direito é construído pelas mudanças sócio-culturais que a sociedade sofre ao longo dos tempos.

Porém, mesmo com a edição da Nova Lei de Adoção, ainda há a restrição de adoção de crianças por casais homossexuais. Apesar de alguns entendimentos favoráveis por parte de juízes, a maioria deles entende que ainda não é possível tal adoção. Isto porque a legislação brasileira não reconhece a união civil entre pessoas do mesmo sexo, embora seja inegável o crescente número de homossexuais convivendo no Brasil e no mundo. Assim, de acordo com a legislação vigente no País, apenas um dos componentes do casal homossexual poderá pleitear a paternidade/maternidade adotiva de uma criança/adolescente. O ECA não faz qualquer referência à orientação sexual do adotante. A adoção será deferida desde que apresente reais vantagens para o adotando, fundamente-se em motivos legítimos, e ofereça ambiente familiar adequado.

Acreditamos que ainda serão necessárias modificações legislativas no sentido de se permitir aos casais homossexuais a adoção de crianças e ou adolescentes. Basta que se deixe de lado o preconceito e a discriminação para que tal lei, que se faz necessária, possa ser discutida e posteriormente aprovada, para que se atenda a um clamor da sociedade e para que se possa oferecer às milhares de crianças abandonadas e carentes um verdadeiro lar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

BRASIL, Lei 10.406 – **Código Civil**, 2002.

BRASIL, Lei nº8.069 – **ECA**, 1990.

BRASIL, Lei 3.133, 19573.

BRASIL, Lei n. 6.697 - **Código de Menores**,1979.

BRASIL, Lei nº 12.010/2009 – **Lei Nacional da Adoção**, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1998.

BRASIL, AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. **Guia Comentado sobre as Novas Regras da Adoção**, 2009

BEVILÁQUA, Clóvis. Apud Milhomens, Jônatas. Magela Alves, Geraldo. **Manual Prático de Direito de Família**. Rio de Janeiro : Forense. 9ª Ed.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____; PEREIRA, Rodrigo de Cunha. **Direito de Família e o Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____; **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____; **Homoafetividade: o que diz a Justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Volume V, 24ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. [S.l]. Editora Del Rey; 2001.

RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade, Cultura e política. O Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro**.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 3 ed .rev. [S.l]. Juruá Editora; 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 16ª edição São Paulo: Saraiva, 2005.