

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO



MARINALVA APARECIDA FERREIRA MONTEIRO

A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

61013
M0000019

**Juiz de Fora
2008**

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

MARINALVA APARECIDA FERREIRA MONTEIRO

A ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Monografia de conclusão de Curso apresentada
ao Curso de Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos/Juiz de Fora, como
exigência para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

**Juiz de Fora
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARINALVA APARECIDA FERREIRA MONTEIRO

Aluno

A ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fábio de Oliveira Vargas

Prof. Gerson Vieira Machado

Profa. Maria Amélia da Costa

Aprovada em 10/07/2008.

RESUMO

Sob a ótica da cultura ocidental, carregada de preceitos cristãos, o sexo é considerado uma força negativa e perigosa, classificando todo comportamento erótico como "mal" na ausência de uma razão específica – sendo as mais aceitas, o casamento, a reprodução e o amor. A figura do homoerótico, sobretudo após o boom da AIDS, foi relacionada à promiscuidade colocando-o como irresponsável, instável emocionalmente e, por estas, sem capacidade ou interesse em construir uma família e ter filhos. Foi com o aval dos discursos médico-psiquiátricos de fins do séc. XIX, que a sexualidade passou a ter importância também na definição dos sujeitos e tornou-se comum a concepção de que "o sexo diz quem somos", porém esquece-se que os papéis não são intrínsecos ao sujeito, mas construídos – por exemplo, o instinto materno não é exclusividade da mulher, podendo ser aprendido pelo homem. Historicamente, o homossexual tem sido visto fora do padrão normativo, sendo possuidor de comportamentos e personalidade desviantes, o que o tem excluído da esfera da reprodução/filiação. Este trabalho busca, através da leitura das legislações brasileiras e de teorias psicológicas embasadas principalmente a partir de estudos de caso, levantar os direitos e possibilidades que indivíduos com orientação sexual homoerótica têm em relação à adoção. As decisões nestes casos não podem mais ficar à margem de uma evolução teórica que hoje prioriza que a criança e o adolescente sejam cuidados por pessoas que exerçam as funções materna e paterna, podendo estas serem desempenhadas por um casal e até mesmo por um só indivíduo, não dependendo diretamente do sexo biológico ou de sua orientação sexual. E é dentro das discussões que debatem o direito dos homossexuais à adoção, que o pressuposto de que estes não podem ou não querem ter filhos, vêm perdendo sua força. No Brasil, não há uma codificação específica, colocando a mercê das interpretações legais situações em que nem sempre candidatos homoeróticos à adoção são favorecidos – variando conforme os valores de cada juiz. No caso da adoção, legalmente é possível obter este direito, o que demonstra que os impedimentos são morais, de uma sociedade que – na prática – ainda exclui o "diferente".

Palavras-chave: Adoção Conjunta; Homossexual, Legislação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO DE PARENTESCO E DA ADOÇÃO	06
1.1 RELAÇÕES DE PARENTESCO E FILIAÇÃO ATRAVÉS DO TEMPO	08
1.2 FILIAÇÃO	10
2 ADOÇÃO	13
2.1 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.2 A HOMOSSEXUALIDADE	17
3 A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS	18
3.1 REQUISITOS QUANTO AO ADOTANTE	18
3.1.1 Idade Mínima e Diferença de Idade	18
3.2 ADOÇÃO CONJUNTA	19
3.3 REAIS VANTAGENS PARA O ADOTANDO E MOTIVOS LEGÍTIMOS PARA A ADOÇÃO	20
3.4 HETEROSSEXUALIDADE É REQUISITO PARA ADOTAR?	21
3.4.1 Posicionamento Desfavorável	22
3.4.2 Posicionamento Favorável	23
3.5 O REFLEXO DA CONDUTA DO ADOTANTE EM RELAÇÃO À CRIANÇA	24
3.5.1 Conduta do Requerente Homossexual	25
3.5.2 Desenvolvimento da Criança ou do Adolescente Criado por Homossexual	27
3.6 A SOLUÇÃO DADA PELA JURISPRUDÊNCIA	27
4 DA AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS ..	29
4.1 AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL	29
4.2 PONTO DE VISTA DA MORAL	29
4.3 QUESTÃO SOCIAL	31
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo esgotar o assunto nela tratado ou estabelecer críticas às preferências sexuais de qualquer indivíduo.

O propósito deste estudo é, tendo em vista a evolução havida nas relações sociais, verificar a possibilidade de realizar o sonho de constituição de uma família, tanto por parte dos que anseiam ser adotados, quanto daqueles que pretendem cuidar de uma pessoa como se dela tivesse nascido.

Sob tal prisma, pergunta-se: pode qualquer indivíduo adotar, independentemente de sua orientação sexual? O que é de melhor interesse da criança: permanecer nas ruas ou num orfanato ou ser adotada por homossexuais?

A resposta a tais questões é fundamental, ainda que o assunto seja um tabu, principalmente se considerarmos a quantidade de pessoas a serem atingidas caso seja admissível a adoção por pessoas que expressem sua sexualidade de forma diversa da convencional.

Que este trabalho possa contribuir de alguma forma para a melhoria da situação daqueles que esperam pela manifestação do Estado para formar sua família.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO DE PARENTESCO E DA ADOÇÃO

Dentro do sistema da família consanguínea, aqueles que se enquadram no mesmo grau de parentesco são entre si marido e mulher, ou seja, era possível o relacionamento sexual entre todos os avôs e avós, pais e mães, irmãos e irmãs e assim por diante.

Para Caio Mário¹: "tal condição é incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie".

Atualmente, nem mesmo os povos mais atrasados organizam-se de acordo com tal modelo.

Especificamente quanto ao sistema familiar desenvolvido no chamado Velho Mundo, a domesticação de animais e criação de gado acarretou o surgimento de novas relações sociais.

É que a partir de então, com a conversão das riquezas em propriedade particular da família em decorrência de atividades próprias do homem, o matriarcado sofreu grande abalo.

Isso porque as riquezas davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família e, por outro lado, faziam com que nascesse dele a idéia de valer-se desta vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem de herança estabelecida.

Com isso, passou a mulher a ser vista apenas como servidora, imagem esta que até os tempos atuais não foi suprimida por completo.

Em face de tais mudanças, transmutou-se a família de união de ligamentos para monogâmica, que como bem descreve Engels²: "é um dos sintomas da civilização nascente".

Os laços familiares tornam-se mais sólidos, tendo os filhos paternidade indiscutível, ao menos em tese, vez que à mulher não era permitida a infidelidade conjugal, ao contrário do que ocorria com os homens.

Cumprе ressaltar que, em conjunto com as relações monogâmicas, surge o amor sexual individual.

Isso porque, antes da Idade Média, os matrimônios eram estabelecidos por convenção entre as famílias, com o que os interessados se conformavam.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 102.

² ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. por Leandro Konder. Rio de Janeiro: SED, 1981, p. 47.

Com o decorrer do tempo, muito embora os casamentos se dessem com observância dos níveis sociais, era permitida certa liberdade de escolha.

O próximo passo na evolução da estrutura familiar era a reivindicação pelo casamento por amor.

E quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, o divórcio será um benefício, tanto para ambas as partes como para a sociedade.

Estamos atualmente construindo uma nova concepção de família. A entrada da mulher no mercado de trabalho, as facilidades para a obtenção do divórcio e a independência maior da juventude são alguns dos fatores que contribuem para uma menor estabilidade da família.

Porém, isso não significa que a família esteja em crise. O que ocorre é uma transformação decorrente das mudanças sociais.

Todas as transformações noticiadas na família acabam por criar a necessidade de uma proteção maior pelo Estado, merecendo também a atenção da doutrina.

Eis os conceitos sobre o que é família estabelecidos por alguns dos autores mais conhecidos no âmbito do Direito Civil.

Conforme ensina Sílvia Venosa³:

Grupo de pessoas composto de pais e filhos, apresentando uma certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome, domicílio e nacionalidade fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, monarquicamente organizado sob a autoridade dum chefe.

Conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ao lado dos quais também se encontram o cônjuge e seus filhos, os cônjuges dos filhos e irmãos, bem como os irmãos dos cônjuges.

Família, em sentido técnico, é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia, e sob a mesma direção.

Instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado que nela vê a célula básica de sua organização social.

Para uma efetiva proteção da família, é primordial que a legislação acompanhe as mudanças sociais.

³ VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 119.

O reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro foi um grande passo nesse sentido, afinal, não se pode negar à família assim constituída os direitos fundamentais concedidos àquela oriunda do casamento apenas porque não houve registro formal da união do casal.

E para que a defesa dos interesses das famílias informalmente organizadas seja efetuada de forma mais ampla, é necessário considerar a possibilidade de reconhecimento pelo Estado da família originada a partir de um casal homossexual.

Muito embora haja em alguns países regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil ainda se espera a aprovação do projeto de lei de autoria da atual prefeita de São Paulo, então deputada, Marta Suplicy.

1.1 RELAÇÕES DE PARENTESCO E FILIAÇÃO ATRAVÉS DO TEMPO

De vital importância é a definição das relações de parentesco e filiação para uma melhor compreensão do nosso tema.

Para os romanos, o parentesco se dava não simplesmente pelos laços de sangue, mas pelo culto a antepassados comuns, ou, o princípio do parentesco não era o ato material do nascimento, porém o culto.

De conformidade com isto compreende-se a razão por que, aos olhos da lei romana, dois irmãos consangüíneos eram agnados e dois irmãos uterinos já não o eram. Não se diga mesmo ser a descendência por varões princípio imutável sobre o qual se baseia o parentesco. Não era pelo nascimento, mas pelo culto, que verdadeiramente se reconheciam os agnados. Com efeito, o filho que a emancipação desligava do culto deixava de ser agnado de seu pai, o estranho adotado, isto é, admitido ao culto, tornava-se agnado do adotante e mesmo de toda a família. Assim se prova como só verdadeiramente a religião determinava o parentesco.

Ressalte-se que o emancipado perdia o vínculo da agnação, assim como o adotado o adquiria.

Registre-se que, inicialmente, mesmo o filho sendo casado e tendo seus próprios descendentes, permanecia sob tutela, mas que o filho gerado do concubinato não se achava sob a autoridade do pai. Vê-se, pois, que a paternidade, por si só, não conferia ao pai direito algum.

Assim, em razão do culto religioso, dentro do qual o pai era o sacerdote, tornou-se a família um pequeno corpo organizado, desempenhando o genitor o papel de protetor e a autoridade à qual a família deveria se submeter.

As relações clássicas de parentesco estavam armadas em cima de uma dada concepção de família, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Essa idéia de família matrimonializada vem mostrar a associação que se fazia entre casamento e legitimidade dos filhos. Uma noção em torno da qual orbitam as relações de parentesco.

As concepções abaixo transcritas, em sua maioria, espelham apenas o que é o parentesco consangüíneo, sendo os conceitos de parentesco, entre os doutrinadores brasileiros semelhantes, como se pode verificar em seguida.

Venosa⁴ descreve:

Parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem uma das outras, ou de um autor comum (consangüinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *factio iuris*, entre o adotado e o adotante.

Portanto, é vínculo existente entre pessoas que descendem de um mesmo tronco comum, sendo que a palavra parente aplica-se apenas aos indivíduos ligados por consangüinidade. É a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou que descendem de um mesmo tronco.

Ainda, parentesco é o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum.

É a relação vinculatoria existente não só entre pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e adotado.

Especificamente quanto aos vínculos decorrentes do parentesco civil, temos as definições a seguir expostas.

Adoção é o vínculo legal que se cria à semelhança da filiação consangüínea, mas independente dos laços de sangue. Trata-se, portanto, de uma filiação artificial, que cria um liame jurídico entre duas pessoas, adotante e adotado. O vínculo da adoção denomina-se parentesco civil.

Pai e filho são parentes naturais; seu parentesco foi criado pela própria natureza, através do sangue. O parentesco civil é o criado por lei, através do instituto da adoção.

⁴ VENOSA, *op. cit.*, p. 121.

A título de ilustração, gize-se que para o direito canônico também havia o parentesco espiritual, decorrente dos laços havidos entre padrinho ou madrinha e afilhado. Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro tal disposição é despida de qualquer importância, inexistindo qualquer efeito jurídico em razão de tal relação.

Ressalte-se, ainda, que marido e mulher não são parentes e que cada um dos cônjuges é unido aos parentes do outro por afinidade, como dispõe o artigo 334 do diploma processual civil brasileiro.

1.2 FILIAÇÃO

Eis a seguir alguns conceitos a respeito do tema.

A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se filiação, quando considerada, ascensionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; paternidade, quando considerada, descensionalmente, do pai para o filho; e maternidade, quando ainda descensionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.

O vocábulo filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Encarada em sentido inverso, isto é, do lado dos genitores referentemente ao filho, essa relação chama-se paternidade ou maternidade.

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.

É a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que o geraram. Essa relação de parentesco, dada a proximidade de grau, cria um sem-número de efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação. Ademais, dada a variedade de conseqüências, conforme a filiação seja legítima ou ilegítima, torna-se altamente relevante provar e estabelecer a legitimidade.

No início do século passado, predominava a sociedade patriarcal, sendo o casamento a base da organização familiar, de tal sorte que apenas os filhos havidos durante a constância do matrimônio foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico de cunho civil criado em 1916.

Entretanto, as alterações feitas na legislação brasileira, por meio do parágrafo sexto do artigo 227 da Constituição Federal, no sentido de eliminar qualquer distinção existente entre filhos, independentemente da situação jurídica em que se encontrassem seus genitores, mais do que igualar direitos patrimoniais e sucessórios alterou toda a estrutura familiar no tocante à filiação.

Muito embora o Projeto de Lei n.º 634-B, de 1975, que trata do novo Código Civil brasileiro, ainda contenha um espírito conservador por manter a distinção entre filiação legítima e ilegítima, a Emenda n.º 203 do Senado Federal adequou a redação do artigo 1597 do projeto às disposições constitucionais ao estabelecer que o parentesco é natural se decorrente da consangüinidade e civil se derivado da adoção.

Porém, para que se possa vislumbrar a forma pela qual a filiação era vista na legislação anterior à Carta Magna de 1988, expõe-se a seguir como era feita a classificação entre os filhos.

Beviláqua⁵ conceitua a filiação como legítima:

(...)1º, se, no momento da concepção, o pai e a mãe se acham vinculados por casamento válido; 2º, ou putativo; 3º, ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei, sendo a única geradora de direitos e responsabilidades.

Maria Helena Diniz⁶ apresenta uma classificação mais completa, não se limitando a apenas mostrar o que é filiação legítima:

Filiação legítima é a oriunda de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção ou se resultante de união matrimonial, que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, art. 221 e parágrafo único, alterado pela lei n.º 6.515/77, art. 14, parágrafo único). Filiação legitimada decorre de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias. Filiação ilegítima é a provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural.

O jurisconsulto Sílvio Rodrigues tece uma argumentação diferente da empregada pela doutrinadora acima mencionada no que diz respeito à boa-fé dos cônjuges para classificar a filiação como legítima, bem como especifica melhor o que seja a filiação ilegítima, senão vejamos: "a lei define como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (Cód. Civ., art. 337)"⁷.

Prossegue o autor⁸ dizendo que:

Os filhos ilegítimos classificam-se em naturais e espúrios; naturais são os nascidos de progenitores entre os quais não milita, à época da concepção, impedimento matrimonial decorrente de parentesco (Cód. Civ., art. 183, ns. I a V), ou de

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 101.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98.

⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 134.

⁸ *Idem*, p. 137.

casamento anterior (Cód. Civ., art. 183, n.º VI); espúrios são os nascidos de coito danado, ou seja, da união de homem e mulher entre os quais havia, ao tempo da concepção, um daqueles citados impedimentos, que são absolutamente dirimentes.

Acrescenta o doutrinador Venosa⁹ aos conceitos anteriormente registrados o detalhamento quanto às distinções havidas entre filiação incestuosa e adulterina:

Na filiação ilegítima, distinguem-se os filhos naturais e os filhos espúrios. Filiação natural é a proveniente de pessoas não casadas que não tinham qualquer impedimento para contrair matrimônio. Filiação espúria é a proveniente de união entre pessoas que estavam absolutamente impedidas de casar, por força de impedimento absolutamente dirimente. A filiação espúria pode ser incestuosa ou adulterina. A filiação incestuosa é aquela cujo impedimento para o casamento dos pais decorre do parentesco. Filiação adulterina é a que deriva de genitores impedidos de casar por já estarem casados.

Dispõe o § 6º do artigo 227 da Carta Magna que: "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 enunciado do dispositivo autoriza concluir que todas as classificações expostas no tópico anterior não têm outro valor a não ser o histórico, já que felizmente nossa Constituição varreu do ordenamento jurídico a postura preconceituosa daqueles que vislumbram apenas o casamento, devidamente formalizado, como base familiar, além da visão de que deve haver diferenciação entre os filhos naturais e adotivos.

Assim, tem-se que o conceito de filiação não pode ser limitado à relação havida entre uma pessoa e aqueles que o geraram, como definiu Washington de Barros, por exemplo, razão pela qual se deve buscar um conceito mais amplo, posteriormente, como objeto de um novo estudo mais aprofundado.

⁹ VENOSA, *op. cit.*, p. 123.

2 ADOÇÃO

O declínio deste instituto se deu em razão de contrariar o interesse dos senhores sobre os feudos e ao direito dos agnados, pois o adotado não herdava o título nobiliárquico, pois os títulos se transmitiam *iure sanguinis* e em virtude de concessão real, sendo necessário o consentimento do Príncipe para que o adotante pudesse transmitir seu título. Nesta fase, [a adoção] permanecia inadaptada, não havia desaparecido. Em alguns casos, recorria-se à adoção, mas, no século XVI, já não se conferia ao adotado sequer o direito de suceder ao adotante.

Tornaram-se, pois, incompatíveis a adoção e as leis que vieram a ser instituídas.

Até o advento do código napoleônico, conheceram-se tipos peculiares de adoção que tinham por objetivo:

a) busca de satisfação de interesses predominantemente patrimoniais, espécies de *adoptio minus plena*: *adoptio per chartulan*; *per testamentum*; *affiliatio* dos povos germânicos romanizados; a *affiliatio* dos franceses; o perfilhamento das ordenações portuguesas; e

b) satisfação dos interesses predominantemente morais ou honorários (primitiva espécie adotiva germânica).

Os germânicos não tinham a adoção como meio de filiação, mas apenas para transmitir ao adotado o nome e as armas, sem conferir vínculo parental, nem mesmo direito à herança, a não ser que houvesse disposição expressa em sentido contrário ou se dado doação inter vivos. Somente após a recepção do Direito Romano ao ordenamento jurídico germânico é que tal situação foi alterada.

Na época moderna, surgem três legislações onde o instituto da adoção é regulado, quais sejam, o código dinamarquês de 1683, o Código Prussiano de 1751 e o Codex Maximilianus, da Bavária, de 1756, sendo que dentre estas, a segunda influenciou o Código Napoleônico, que por sua vez contribuiu para que a adoção ingressasse nos ordenamentos posteriores e em outras localidades.

Entretanto foi graças a Napoleão que o instituto ora estudado ressurgiu com maior expressão, pois seu código regulamentou a adoção em seus artigos 343 a 360.

No Direito português, embora pouco utilizada, a adoção era chamada de perfilhamento, sendo que o adotante só adquiria o pátrio poder se o adotado tivesse perdido o pai natural; para que o filho pudesse suceder ao pai adotante, era preciso que se destruísse a ordem natural de sucessão, que a lei abrisse uma exceção, que só o Príncipe poderia autorizar.

O Código Civil português de 1867 não mencionou a adoção, sendo que o Código de 1966 o recuperou em duas modalidades: plena e restritiva.

A adoção teria sido pouco praticada durante o século XIX. A partir do princípio do século, em virtude da Primeira Guerra Mundial, a adoção passou a preocupar os legisladores, visando amparar os órfãos de guerra. Deu-se-lhe nova feição de cunho caritativo, como observa a maioria dos autores.

2.1 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da adoção foi previsto pelas Ordenações tendo, porém caído em desuso, sendo reativada pelo nosso direito com o advento do Código de 1916, com formato semelhante ao romano, tendo sido feitas algumas modificações com o decurso do tempo.

O Código de 1916 determinava que somente aqueles que não possuíam prole, legítima ou legitimada, poderiam adotar. Tal dispositivo, contudo, foi eliminado pela Lei nº 3.133/57.

Pela legislação anterior, exigia-se do adotante idade mínima de 30 anos, muito embora já houvesse sido exigido idade mínima de 50 anos, pois o legislador considerava que tal ato deveria ser efetuado por alguém dotado de um grau maior de maturidade, já que o arrependimento poderia gerar danos irreparáveis para as partes. O exigido atualmente pela legislação em vigor é que o adotante tenha pelo menos 21 anos.

Além disso, sendo o adotante casado, era requisito que o matrimônio houvesse ocorrido há pelo menos cinco anos, a não ser que o homem fosse maior de 50 e a mulher maior de 40 anos. Caso o adotante tivesse filhos, o adotado não seria incluído na sucessão hereditária.

Inexistia, e continua da mesma forma, qualquer restrição quanto ao sexo do adotante, entretanto para possibilitar a adoção cumulativa (por duas pessoas simultaneamente), devem os adotantes ser marido e mulher ou concubinos, conforme disciplinam o artigo 369 do Código Civil e parágrafo primeiro do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que tal direito, após o reconhecimento legal da união estável, naturalmente se estende aos companheiros.

Outra imposição é a diferença de idade entre adotante e adotado. Imitando a filiação biológica, e propiciando autoridade e respeito, o adotante há de ser pelo menos 16 anos mais velho do que o adotado (o Código de 1916 exigia 18).

A Lei n.º 4.655, de 2 de junho de 1965, surgiu com a pretensão de suprir o parentesco civil dos meios hábeis a realizar efetivamente a integração do adotado no meio familiar que o recebia, sob o nome de legitimação adotiva, que objetivava equiparar o filho adotivo ao natural, trazendo, contudo, uma série de restrições que continuaram a obstaculizar o instituto.

Surgiu, com o decurso do tempo, uma tendência a alterar a expressão consagrada pela lei acima mencionada, que passaria a ser tratada por adoção, nas modalidades simples, prevista no Código Civil, e plena, que seria a legitimação adotiva com as alterações acrescidas pelo revogado Código de Menores (Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979).

Considerando o teor do antigo ordenamento, os adotantes se viam forçados a partilhar o filho com a família biológica, o que levava os pais a registrar o filho adotivo como se natural fosse (adoção à brasileira), o que constitui crime de falsidade ideológica.

Muito embora tivessem sido efetuadas várias alterações no sistema jurídicos, a finalidade de integrar irreversivelmente o adotado à nova família não havia sido atingida, especialmente no que tange à concessão dos mesmos direitos assegurados aos demais filhos.

A Carta Magna de 1988 veio para reparar tal situação, vedando qualquer distinção entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos, inclusive que no diz respeito aos direitos sucessórios.

De acordo com parte dos juristas brasileiros, hodiernamente, nosso ordenamento comporta dois tipos de adoção: a regida pelo Código Civil (adoção simples), válida para maiores de 18 anos e a disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, para os que tem 18 anos ou menos (adoção plena).

Tal classificação é merecedora de críticas por vários doutrinadores, que defendem a existência unicamente da adoção plena, uma vez que, segundo seu entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente revogou os dispositivos contidos no Código Civil acerca da adoção.

Tal controvérsia, entretanto, deve ser objeto de análise mais aprofundada, a ser realizado em outra ocasião e pelos meios adequados, não sendo pertinente esmiuçar referida questão no presente estudo.

Ressalte-se, porém, que somente será tratada nesta monografia de conclusão de curso a adoção prevista na Lei n.º 8.069/90.

Pontes de Miranda¹⁰ conceitua adoção como sendo: "o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e filiação".

Para Beviláqua¹¹, "adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho".

Antônio Chaves¹² a conceitua como:

Ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítima, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.

Segundo Caio Mário¹³: "a adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim".

Sílvio Rodrigues¹⁴ define o instituto como "o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha".

Venosa¹⁵ assim leciona:

Adoção é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. [...] A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. [...] O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

De acordo com Maria Helena Diniz¹⁶, adoção:

É o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

Quanto ao objetivo da adoção, se este no princípio era a continuidade do culto doméstico, na vida moderna, ocorrem motivações diferentes, predominando a idéia de ensinar aos que não têm filhos, particularmente aos casais sem prole, empregar num estranho a sua

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2004, p. 123.

¹¹ BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 103.

¹² CHAVES, Antônio. *Adoção Simples e Adoção Plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 213.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 105.

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 139.

¹⁵ VENOSA, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 101.

carga afetiva. Acresce ainda um interesse público em propiciar à infância desvalida e infeliz a obtenção de lar e assistência.

Tal instituto tem caráter humanitário, pois, adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não se obteve.

A Lei n.º 8.069/90 exige a comprovação de vantagens reais para a criança ou adolescente com o deferimento da adoção, bem como a fundamentação em motivos legítimos. Tal determinação demonstra a função social da adoção, objetivando a constituição de um lar para o adotado, além de possibilitar ao julgador decidir sobre a oportunidade e conveniência para o deferimento do pedido de adoção.

O que jamais se pode esquecer é que o fundamental ao analisar um pedido de adoção é aquilo que melhor atender às necessidades da criança ou adolescente.

Deve-se ter sempre em mente a situação em que se encontram os menores à espera de um lar, considerando a carência material e emocional a que são submetidos.

A colocação em família substituta é o sonho de milhares de crianças e adolescentes. Até que ponto o rigor excessivo, desmedido, injustificável em muitos casos, em vez de proteger o menor, acaba fazendo com que este seja condenado a uma vida destituída de afeto e conforto, à margem da sociedade?

2.2 A HOMOSSEXUALIDADE

Antes de discorrer sobre as diferentes formas pela qual a sociedade encarou o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo ao longo da História, é necessário conhecer alguns conceitos mais atuais sobre a homossexualidade.

Etimologicamente, a palavra homossexual é formada pela junção dos vocábulos 'homo' e 'sexu'. Homo, do grego 'hómos', que significa semelhante, e sexual, do latim 'sexu', que é relativo ou pertencente ao sexo. Portanto, a junção das duas palavras indica a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo.

Pode se entender, também, como a disposição para buscar prazer sensorial através do contato corporal com pessoas do mesmo sexo, preferindo-o ao contato com o outro sexo.

3 A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

3.1 REQUISITOS QUANTO AO ADOTANTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe os requisitos necessários para adotar, quais sejam: ser maior de vinte e um anos, ser dezesseis anos mais velho que o adotado, ser capaz e, caso o adotante seja tutor ou curador, este deve previamente prestar contas de sua administração.

Esta lei permite ainda que os divorciados e os judicialmente separados adotem conjuntamente, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado à época em que o casal ainda convivia, bem como que a adoção seja deferida mesmo que o adotante venha a falecer no curso do processo.

Por outro lado, a Lei n.º 8.069/90 veda a adoção por ascendentes e irmãos do adotando.

Mas a condição mais importante é que a colocação em família substituta somente será deferida se houver reais vantagens para o adotando e que seja fundada em motivos legítimos. Tal disposição torna a análise extremamente subjetiva, ficando a critério do juiz estabelecer o que é melhor para as partes.

São estas as condições quanto ao adotante fixadas pela lei.

Serão detalhadas a seguir os requisitos mais relevantes, considerando o objeto do presente estudo.

3.1.1 Idade Mínima e Diferença de Idade

A redução da idade mínima para vinte e um anos, independentemente do estado civil, foi uma grande conquista para as crianças e adolescentes que anseiam por um lar, pois a lei anterior previa que somente os maiores de trinta anos poderiam adotar, permitindo a inovação legal um aumento do número de adotantes em potencial.

Infelizmente, tal dispositivo não permite a interpretação de que o menor púbere emancipado possa adotar, visto que o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao definir que unicamente os maiores de vinte e um anos são hábeis para adotar, a não

ser em caso de adoção conjunta em que o outro cônjuge ou companheiro tenha mais de vinte e um anos.

Esclareça-se que o adotante deve contar, no mínimo, dezoito anos completos na data do pedido, salvo se já tiver o adotando sob sua guarda ou tutela (art. 40). Mas é mister que tenha completado vinte e um anos, independentemente do estado civil. Ou seja, somente quando da prolação da sentença é que se exige que o adotante tenha vinte e um anos.

A diferença mínima de idade entre adotante e adotado é de dezesseis anos. Isso porque o parentesco civil busca imitar o parentesco consanguíneo, tendo em vista a idade núbil (82), pois o Código Civil impede mulheres menores de dezesseis e homens menores de dezoito anos de contrair matrimônio, ainda que biologicamente o ser humano esteja pronto para gerar desde os doze ou treze anos, aproximadamente.

Assim sendo, nos casos de adoção conjunta, devem ambos os cônjuges ser dezesseis anos mais velhos que o adotando. Se não fosse dessa forma, seria obstada a intenção de que a colocação em família substituta seja similar à filiação consanguínea, pois poderia um casal em que o marido contasse trinta anos de idade e a mulher dezoito adotar um adolescente de catorze anos. Nesta hipótese, teríamos a esdrúxula situação em que a mãe seria quatro anos mais velha que o filho, o que é inadmissível, ainda que se trate de parentesco civil, pois aos olhos da lei o adotado é simplesmente filho, sem qualquer adjetivação.

3.2 ADOÇÃO CONJUNTA

Especificamente quanto à possibilidade de adoção por mais de uma pessoa, simultaneamente, o texto legal autoriza concluir que podem adotar conjuntamente apenas aqueles casados entre si, ou que vivam na forma conceituada pela Lei n.º 9.278/96, que regulamenta a união estável, bem como por concubinos. Isso porque o legislador exigiu a comprovação da estabilidade da família para o deferimento da adoção simultânea.

A exceção feita a tal regra consta do parágrafo quarto do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois em referido dispositivo consta que: "Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal".

Obviamente que na situação acima relatada, deve ainda o casal fixar os alimentos, pois sendo o adotado filho como qualquer outro, faz jus à percepção de pensão alimentícia, ocorrendo a separação do casal antes ou após o deferimento da adoção.

Vale ressaltar, ainda, a possibilidade de adoção de um dos cônjuges, companheiros ou concubinos do filho do outro, na forma do parágrafo primeiro do artigo 41 do estatuto em comento.

Em face ao exposto, observa-se que quando a lei trata de adoção realizada por duas pessoas simultaneamente refere-se a um casal, composto por um homem e uma mulher, já que a adoção conjunta é vinculada ao casamento e união estável, regimes aos quais é vedada a adesão de pessoas do mesmo sexo.

Tal medida é razoável, pois, ainda que se considere admissível a adoção por homossexuais, poderia haver problemas quando do registro da criança ou adolescente, pois não há como uma pessoa descender de dois pais ou duas mães, além da ocorrência de outras situações, que poderiam constranger tanto o adotado quanto o adotante, muito embora na Holanda, onde é expressamente permitida a adoção por um casal homossexual, conste no registro da criança que esta tem dois pais ou duas mães.

3.3 REAIS VANTAGENS PARA O ADOTANDO E MOTIVOS LEGÍTIMOS PARA A ADOÇÃO

Dispõe o artigo 43 da Lei n.º 8.069/90 que: "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

Como mencionado em capítulos anteriores, no princípio a adoção tinha por objetivo solucionar o problema daqueles que não podiam de forma autônoma constituir sua própria descendência.

Entretanto, tal instituto hoje visa principalmente amenizar o problema da paternidade irresponsável e do menor desassistido.

Assim, a adoção somente deve ser autorizada quando não puder o menor contar com seus pais biológicos, seja em face de sua ausência ou por terem sido destituídos do pátrio poder, ou ainda quando os genitores concordarem expressamente com o pedido de adoção.

Deve ser verificado se as partes estão preparadas para a colocação em família substituta, pois não se trata de levar para nossas casas um animalzinho a ser domesticado; trata-se antes de uma criatura que sofreu, por inúmeras razões sociais, psíquicas, econômicas,

uma ação de abandono por parte de seus genitores. Assim, é evidente que se tomem alguns cuidados básicos para obstar que um segundo processo de rejeição ocorra.

Outra consideração a ser feita, e que será desenvolvida oportunamente, é que o ambiente familiar em que o menor será inserido deve ser adequado ao seu desenvolvimento psicológico e social.

Por motivos legítimos entende-se o perfeito entrosamento entre adotado e adotante, imitando, em tudo, o que ocorre entre pais e filhos de sangue.

Registre-se, ainda, que havendo mais de um interessado em adotar a mesma pessoa, a afinidade entre adotante e adotado é melhor critério do que as vantagens materiais que um ou outro requerente possa oferecer.

3.4 HETEROSSEXUALIDADE É REQUISITO PARA ADOTAR?

A lei, até mesmo em função da vedação constitucional de discriminação em razão do sexo, nela subentendida a discriminação decorrente da orientação sexual, nada dispõe acerca da possibilidade ou não de colocação em família substituta requerida por homossexuais.

O Projeto de Lei n.º 1.151/95, que regulamenta a união entre pessoas do mesmo sexo, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, nada dispõe acerca do tema. Seu substituto, porém, apresentado pela comissão constituída para tanto, incluiu o parágrafo segundo no artigo terceiro do projeto, estabelecendo que "são vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescente em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros".

Tal enunciado nada acrescenta à legislação vigente, pois, como já demonstrado, o Estatuto da Criança e do Adolescente não permite a adoção em conjunto senão por pessoas casadas, companheiras ou concubinas entre si, ou mesmo entre os separados judicialmente ou divorciados, neste último caso desde que o estágio de convivência tenha tido início no período em que o casal ainda convivia.

Mas quanto à adoção por uma só pessoa, formando uma família monoparental, pode o requerente ter orientação sexual diversa da dita convencional? Constitui a heterossexualidade requisito subjetivo para adotar?

3.4.1 Posicionamento Desfavorável

Alguns autores entendem que, sendo o requerente homossexual, a adoção não pode ser deferida.

Arnaldo Marmitt¹⁷, em seu livro *Adoção*, escreveu um capítulo denominado Adoção por pessoas contra-indicadas onde diz que:

Se de um lado não há impedimento contra o impotente, não vale o mesmo quanto aos travestis, aos homossexuais, às lésbicas, às sádicas, etc., sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condiz mais com o aspecto moral, natural e educativo.

Da relação homossexual pode resultar satisfação afetiva e sexual, sem relevância, no entanto para o Poder Público, porque dali não são gerados filhos.

Isso porque, se filhos houver, receberão tutela do Direito de Família, mas a relação da qual se originaram será formada entre uma das partes e um terceiro, e não aquela homossexual, por razões fisiológicas.

Nem poderá ter por mãe homossexual do sexo masculino a criança adotada, em face do necessário estabelecimento de 'papéis' para a formação psíquica da criança, como largamente é tratado o tema pela psicologia.

No caso de dois homossexuais que vivam juntos, muito embora não haja nenhum impedimento legal, entende-se que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotado teria um referencial desvirtuado do papel de pai e de mãe, além de problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros, podendo acarretar um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar.

De modo geral, verifica-se que os juristas reconhecem a inexistência de vedação legal para a adoção por homossexuais, justificando seu posicionamento contrário em questões relacionadas à moral e o que julgam ser melhor para o desenvolvimento psicológico do adotando.

¹⁷ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 117.

3.4.2 Posicionamento Favorável

Boa parte dos autores manifestou-se favorável à adoção por homossexuais, pelas razões a seguir descritas, a começar por João Baptista Villela¹⁸:

Por fim, para favorecer a pretensão do casamento homossexual intervém a adoção [...]. Se o que se pede para o bom desenvolvimento da criança, pode-se argumentar, é uma base convivencial estável, por que não reconhecê-la na união proposta para toda a vida entre pessoas do mesmo sexo? Nosso ordenamento jurídico não enfrenta a questão da homossexualidade. Vale dizer, não há nenhuma regra legal no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente que permita ou proíba a colocação do menor em lar substituto cujo titular seja homossexual. [...] A nosso ver, então o homossexual pode, sim, adotar uma criança ou um adolescente. No tocante à possibilidade jurídica de adoção de filho por casal homossexual, entendemos não haver impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n.º 8.069/90, de 13.7.90), visto que a capacidade de adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante que preenche os requisitos dos arts. 39 e seguintes daquele Estatuto, especialmente o seu art. 42, dispondo que ‘Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil’.

Observa-se, assim, que se por um lado os juristas que se posicionam contra a possibilidade de adoção por homossexuais utiliza como fundamento unicamente questões de fundo moral e alegações de que o desenvolvimento da criança pode ser afetado, aqueles que defendem a colocação em família substituta pelos que têm orientação sexual diversa da convencional agarram-se à ausência de proibitivo legal para tanto.

3.5 O REFLEXO DA CONDUTA DO ADOTANTE EM RELAÇÃO À CRIANÇA

A boa reputação do adotante é ponto a seu favor, e pressuposto de uma exitosa adoção. Apesar de as leis costumarem ignorar a idoneidade, apenas se referindo ao fator de idade, diferenças de idades, e estado civil, ou, em outras palavras, embora acentuarem apenas os critérios físico-biológicos ou sócio-biológicos, a adoção não serve de tramóia para acobertar relações ilícitas. Se elevado número de pais brasileiros, aproximadamente oitenta por cento, não tem condições de bem educar seus filhos, de dar-lhes bons exemplos e plasmar cidadãos dignos, ao menos nos pais escolhidos através do Judiciário, a seleção tem de ser operada criteriosamente. Com isso, evita-se a que uma criança seja adotada por pessoa

¹⁸ VILELLA, João Baptista. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 104.

desclassificada, por facínora, por quem vive respaldado na fraude, na mentira e no afã de prejudicar terceiros.

O mais importante dos requisitos relativos ao adotante é a existência de reais vantagens para o adotando e de motivos legítimos, devendo-se considerar ainda que "não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado" (art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Anote-se, antes, o conceito de ambiente familiar adequado é o ambiente moralmente sadio, onde se encontrem pessoas comprometidas com um único propósito: criar e educar o menor segundo os princípios ditados pela moral e pelos bons costumes.

Partindo de tal pressuposto, tem-se que não se pode deferir a adoção à pessoa que tenha péssima formação moral, a fim de não contrariar o disposto no art. 33 da Lei n.º 8.069/90, que impõe o dever de assistência moral.

3.5.1 Conduta do Requerente Homossexual

Registre-se, então, como a doutrina relaciona tais condições com o fato de ser o requerente da adoção pessoa homossexual.

Entendemos que uma união entre homossexuais, masculina ou feminina, que possui as características de uma união estável onde viceja um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres assemelhados aos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, o respeito mútuo, numa verdadeira comunhão de vida e interesse etc., não poderá ser havido como incompatível com a natureza da medida, já que apto a oferecer um ambiente familiar adequado à educação da criança ou do adolescente.

Depende, pois, o deferimento de colocação em família substituta da conduta do requerente homossexual perante a sociedade, da mesma forma, aliás, que ocorre com o requerente heterossexual.

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

A homossexualidade não deve ser encarada como óbice à adoção, sendo certo que, em nossa função judicante, se depararmos com um caso dessa natureza não teremos dúvidas em deferi-lo. Pois, em nosso entender, terá melhor 'destino' a criança adotada por uma família, mesmo chefiada por homossexual, do que permanecer como mais um dos milhões sem-teto, sem família, só antevendo pela frente um futuro infame e sem nenhuma perspectiva como os incontáveis pequeninos brasileiros que hoje perambulam pelas ruas, vivem em favelas ou até ao relento.

3.5.2 Desenvolvimento da Criança ou do Adolescente Criado por Homossexual

Mencionou-se, anteriormente, que um dos argumentos utilizados por aqueles que negam aos homossexuais o direito de adotar era a possibilidade de prejudicar o desenvolvimento psicológico e social do menor. Entretanto, estudos apontam em caminho diverso do indicado pelos autores ora referidos.

Na Califórnia, há pesquisadores que, desde meados de 1970, vêm estudando famílias formadas por lésbicas e gays. Concluíram que crianças com dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto as crianças com os pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças.

Note-se como os psicólogos e psicanalistas encaram a questão.

Subtraindo-se os métodos de inseminação artificial, 'barrigas de aluguel' e quaisquer outros métodos artificiais que se possa lembrar, pessoas do mesmo sexo não podem juntas produzir filhos e, do outro lado da moeda, outras pessoas, de sexos diferentes, mas que não podem ou não querem filhos que produziram por métodos não artificiais entregam essas mesmas crianças à adoção.

Temos, assim, milhares de crianças carentes de um lar de um lado e provavelmente a mesma quantidade de homossexuais querendo ter filhos. Parece-me que uma primeira 'preocupação' apontada quando se fala em adoção por homossexuais diz respeito à possibilidade da opção sexual dos pais vir a influenciar a dos filhos.

Em primeiro lugar, acredito que devemos pensar no fato de que quase a totalidade de homossexuais vem de um núcleo familiar se não tradicional, pelo menos heterossexual. Se a expressão erótica dos pais influenciasse necessariamente a dos filhos, isso não aconteceria.

Em segundo lugar, a identificação que ocorre dos filhos para com os pais geralmente do mesmo sexo não tem a ver diretamente com o sexo em si, mas sim com a função que ele

exerce. Obviamente de maneira geral tendemos a 'colar' o materno e feminino na mãe e o paterno e masculino no pai, mas muitas vezes até mesmo em famílias que apresentam um esquema tradicional, o pai assume a função materna e a mãe a função paterna, sem que isso prejudique o desenvolvimento ou influencie a expressão sexual ou erótica dos filhos.

Parece-me que o que influencia a sexualidade ou qualquer outra forma de expressão dos filhos está mais ligado ao tipo de relação que os pais estabelecem entre si, para com os filhos e com o mundo do que outra coisa. Podendo avaliar a questão dos homossexuais por esse prisma, ou seja, entendendo pai e mãe como função paterna e materna e não literalmente, não há 'contra-indicações' específicas além das que existem para qualquer ou quaisquer pessoas independentemente de sua opção sexual, já que as funções que vão exercer independem do gênero sexual.

A família gay é uma modalidade que ora ganha maior visibilidade. Essa forma de união torna-se mais polêmica quando o modelo tradicional familiar questiona quais os princípios morais que serão utilizados para educar a criança membro dessa relação. Como ela irá compreender sua família constituída por dois homens ou duas mulheres, quando a grande maioria encontra-se representada por um homem e uma mulher?

As respostas a esses questionamentos e vários outros existentes começam a ser expressas a partir das experiências bem sucedidas, onde casais gays educam suas crianças e lhes proporcionam um ambiente tão saudável, ou melhor do que os oferecidos por vários casais heterossexuais.

Quanto aos aspectos teóricos que embasam esta problemática, observam-se discussões como, por exemplo, a de nada impede que casais homossexuais eduquem com sucesso uma criança, pois 'de acordo com a psicanálise, a função materna e paterna são exercidas pela linguagem. Mas qualquer pessoa, independente do sexo biológico pode suprir essa carência.

Recentemente, a doutora em psicanálise Maria Rita Kehl¹⁹ disse à, que:

Qualquer um pode ser mãe, o sentimento de maternidade é uma construção cultural. Ou seja, não importa se são os pais biológicos ou do sexo masculino, a criança necessita de alguém que cumpra o papel de 'função materna', para que ela se desenvolva com os cuidados específicos. [...] Não se deve cair nos clichês de quem vai ser o pai ou a mãe, mas sim quem irá desempenhar a 'função materna' ou 'função paterna'. É claro que há pai e mãe, mas o que interessa saber é a função. O que estas pesquisas tem mostrado também, é que todas as sociedades cujos arranjos produzem e criam crianças, incluindo os homossexuais, vão ser semelhantes ao molde tradicional de família, ou seja, caracterizam-se pelo comportamento afetivo e

¹⁹ KEHL, Maria Rita. Revista Almanaque Brasil de Cultura Popular, ano 2, número 14, maio/2000.

pelas trocas intersubjetivas, pelo convívio, companheirismo e apoio mútuo entre seus membros. Assim como existem casais hétero estáveis para ter um filho, casais homossexuais possuem a mesma condição para tê-los.

3.6 A SOLUÇÃO DADA PELA JURISPRUDÊNCIA

Serão transcritas a seguir três decisões judiciais, uma em caso de pedido de guarda e outras duas relativas à adoção.

Criança ou adolescente – Guarda – Pedido formulado por homossexual – Deferimento – Medida de natureza provisória que pode ser revogada se constatado desvio na formação psicológica do menor. O fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta é medida de natureza provisória, podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento da formação psicológica do menor (Apelação Cível n.º 35466-0/7 – Câmara Especial TJSP – RJ 23/201).

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder – Alegação de ser homossexual o adotante – Deferimento do pedido – Recurso do Ministério Público.

1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos, sente 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.
2. 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, fatos de formação moral, cultural e espiritual do adotado.
3. A afirmação 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. Apelo improvido. (Ac. Um. Da 9ª CC TJRJ – AC 14.332/98 – Rel. Desembargador Jorge de Miranda Magalhães, j. 23.03.1999, DJ/RJ 26.08.1999, p. 269, ementa oficial).

Vistos etc..

(...)

O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato pela emissão da Declaração de Idoneidade para Adoção que se encontra às fls. 34, com o parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social (fls. 15/16 e 49/52) e Parecer Psicológico (fls. 39/41), e apresenta reais vantagens para o Adotando, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar (chama o Requerente de 'pai'), estuda em colégio de conceituado nível de ensino religioso, o Colégio S. M., e frequenta um psicanalista para que melhor possa se adequar à nova realidade de poder exercer o direito do convívio familiar que a Constituição Federal assegura no art. 227. A Constituição da República assegura igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não admite o texto constitucional qualquer tipo de preconceito ou discriminação na decisão judicial quando afirma que 'ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política', estando previsto ainda que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais'. (...) Qual

será então o conceito de 'reais vantagens' dos Ilustres Fiscais? Deve ser muito diferente do que afirmam a Equipe Profissional e o próprio interessado, o adolescente, que prefere ver acolhido o pedido que permanecer em uma instituição sem qualquer nova chance de ter uma família, abandonado até que aos doze anos sofrerá nova rejeição, já que não poderá mais permanecer no Educandário R. M. D., onde se encontra desde que nasceu, e será transferido para outro estabelecimento de segregação e tratamento coletivo, sem qualquer chance de desenvolver sua individualidade e sua cidadania, até que por evasão forçada ou espontânea poderá transformar-se em mais um habitante das ruas e logradouros públicos com grandes chances de residir nas Escolas de Formação de 'marginais' em que se transformaram os atuais 'Presídios de menores' e, quem sabe, atingir ao posto máximo com o ingresso no sistema Penitenciário? Será esse critério de 'reais vantagens'? A lei não acolhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação, portanto o que a lei proíbe não pode o intérprete inovar. (...) 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro. MM. Juiz Siro Darlan de Oliveira. Autos n.º 97/1/03710-8 – Data do julgamento: 20/07/98.

4 DA AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Considerando os posicionamentos doutrinários anteriormente registrados, passa-se à análise da possibilidade de adoção por homossexuais.

4.1 AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL

O caput do artigo 5º da Constituição Federal assegura que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Como mencionado anteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz menção a requisito para adotar vinculado à sexualidade do requerente, em consonância com a Lei Maior.

O inciso II do mesmo dispositivo constitucional estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Inexistindo vedação legal expressa, não se pode exigir que um indivíduo, por ter orientação sexual destoante da convencional se prive do direito de adotar se assim a lei não o determina.

O entendimento de que não há impedimento legal para a adoção por homossexuais é admitida mesmo por aqueles que se manifestam contrariamente à colocação em família substituta nestes casos.

Assim sendo, impossível o indeferimento do pedido de adoção efetuado por homossexuais com base unicamente em fundamentos legais.

4.2 PONTO DE VISTA DA MORAL

Aqueles que negam aos homossexuais o direito de constituir família pelos laços do parentesco civil aduzem, de modo geral, que não se pode admitir que uma criança ou adolescente conviva com pessoa que leva uma vida desregrada, fora dos padrões normais da sociedade, o que pode levar a um desenvolvimento psicológico e social prejudicado.

Tais argumentos, porém, não podem prosperar.

Isto porque são baseados exclusivamente em meras suposições, eivadas de preconceito, pois pressupõem que todos os homossexuais são promíscuos, que fazem de suas casas um verdadeiro antro onde ocorrem orgias de diversas naturezas.

Não é a orientação sexual que determina se o indivíduo apresenta conduta que possa prejudicar o desenvolvimento de um menor sob seus cuidados, até porque muitos heterossexuais têm como rotina a dita vida desregrada atribuída a gays e lésbicas.

Quando um heterossexual ingressa com pedido de adoção, independentemente de seu estado civil, a autoridade judiciária competente determinará que tal pessoa se submete ao crivo de assistentes sociais e psicólogos, que atestarão a conveniência de deferimento do pedido, por intermédio de estudo detalhado, incluindo visita domiciliar e avaliação psicológica.

Por que haveria de ser diferente com o homossexual? Manifestando-se a equipe referida no artigo 151 da Lei n.º 8.069/90 de maneira favorável à colocação em família substituta, não há motivo para o indeferimento.

Obviamente que há pessoas sem condições morais de formar o caráter de outros indivíduos. Infelizmente, um número considerável delas acaba por criar alguém em decorrência do parentesco consanguíneo, tornando a vida de ambas as partes insuportável. Mas é exatamente para evitar que esta situação lamentável se estenda ao parentesco civil é que o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente vincula o deferimento da adoção ao atendimento dos interesses do menor e impõe a avaliação por assistentes sociais e psicólogos.

Se o requerente, homossexual ou não, leva para sua residência pessoas de conduta moral duvidosa, entrega-se a uma vida dissoluta, utiliza substâncias entorpecentes, enfim, não se comporta de maneira a gerar um bom exemplo para aqueles que o rodeiam, torna-se impossível deferir o pedido de adoção.

Mas se o adotante é cumpridor de seus deveres e apresenta virtudes desejáveis em qualquer cidadão, não é por ser homossexual que há de se recusar a colocação em família substituta.

E não se diga que o desenvolvimento do menor, inclusive do ponto de vista sexual, pode ser prejudicado em decorrência de ser educado em um lar homossexual, pois vários estudos, conforme já demonstrado na presente monografia, confirmam que o fundamental para a criança e o adolescente é que haja alguém para desempenhar as funções materna e paterna, que não estão ligadas ao sexo daquele que as exercer.

Aliás, se fosse admissível concluir que a sexualidade dos pais, biológicos ou não, influenciasse a opção sexual dos filhos, o que dizer das famílias monoparentais

consangüíneas? Será que um menino criado sem a figura paterna, por exemplo, observando a inclinação da mãe a relacionar-se com indivíduos do sexo masculino, tenderia a envolver-se sexualmente no futuro com outros homens? Obviamente que a resposta tanto pode ser positiva quanto negativa, mas isso porque a sexualidade é determinada por outros fatores que não este.

Tal hipótese reforça a idéia de que o importante é que a criança e o adolescente sejam cuidados por pessoas que exerçam as funções materna e paterna, que podem até mesmo ser desempenhadas por um só indivíduo, como anteriormente explicitado.

4.3 QUESTÃO SOCIAL

Inspira cuidados a situação de menores que moram nas ruas, bem como dos que residem em orfanatos e outros tipos de instituições de caridade, pois até mesmo aqueles que possuem um local para se abrigar não se encontram nas condições estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e que almeja a sociedade.

É público e notório que poucas instituições apresentam um mínimo de condições para o bem-estar social do menor.

Além disso, mesmo aquelas que ofertam um ambiente adequado não podem oferecer o elemento mais importante e desejado: o amor.

O maior sonho destes pequenos indivíduos é se sentir amado e protegido, é se perceber como parte de uma família, pois jamais vivenciaram tal situação, tendo que conviver no meio de outros tantos sofrendores que partilham sua sorte, sem receber atenção individualizada, sem obter manifestações de afeto. Isso sem contar o trauma da crueldade ou rejeição da família biológica, que obviamente deixou profundas marcas em suas personalidades.

Entretanto, tal esperança esbarra em alguns obstáculos.

Um deles é que a maioria dos requerentes pleiteia a adoção de meninas brancas, loiras, de olhos azuis e que tenham até três meses de vida. Considerando que poucos se encaixam neste perfil, a colocação em família substituta parece um sonho cada vez mais distante. E mesmo para aqueles que não fazem questão de escolher uma criança com características européias, é inegável que quanto mais tempo o menor permanece na instituição, menores são as chances de ser adotado.

Outro elemento é a evolução da medicina no que tange a técnicas de fertilização. Pesquisas demonstram que houve redução de 20% no número de pedidos de adoção nos

últimos três anos em São Paulo e até mesmo as crianças acima descritas, que eram adotadas imediatamente, estão ficando nos orfanatos. Além disso, verificou-se junto aos casais que freqüentam clínicas de fertilização que somente se fracassarem todas as possibilidades de inseminação artificial é que pensariam na possibilidade de adotar.

Tais dados apontam que é preciso tomar providências urgentes para estimular a adoção, a fim de se evitar que a situação dos menores que aguardam a colocação em família substituta se torne caótica.

Permitir a adoção por homossexuais ajudaria a minimizar o drama destas crianças e adolescentes, pois poderiam ser educadas com toda a assistência material, moral e intelectual e receber afeto, amor e carinho, para no futuro se tornarem adultos normais e aptos para uma vida como a de qualquer outra criança nascida e criada em um lar comum, em vez de serem relegadas ao abandono e à marginalidade.

Além do mais, os homossexuais, exatamente por serem alvo de discriminação, não escolhem o adotado por suas características físicas, mas principalmente pela relação de afeto desenvolvida.

Novamente há que se relembrar o teor do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente para que seja feita a seguinte reflexão: o que é melhor para o desenvolvimento do menor? Permanecer em uma instituição ou nas ruas? Ou ser adotada, ainda que por alguém que apresente orientação sexual diversa da dita convencional e que tenha se submetido a toda a série de avaliações por psicólogos e assistentes sociais?

Obviamente não se pode olvidar que um menor adotado por um homossexual, masculino ou feminino, está sujeito a ser discriminado por uma parte da sociedade, que se recusa a aceitar o direito das minorias e poderá tratar a criança ou adolescente que viva tal situação de forma preconceituosa.

Nesses casos, é aconselhável o acompanhamento psicológico tanto do adotado quanto do adotante, para que aprendam a lidar com o eventual repúdio social.

No entanto, o tratamento diferenciado dado aos menores em decorrência da opção de vida de seus pais não é nenhuma novidade. Algumas décadas atrás os filhos de pais separados não eram tolerados pela sociedade, assim como há poucos anos ocorria com os descendentes de mãe solteira.

Trata-se, pois, de esperar que os conservadores aceitem as mudanças sociais e reconheçam que não pode a família tradicional ser a única tutelada pelo Direito. Abominação é desrespeitar as leis dos homens e de Deus, rechaçando os semelhantes e cancelando as discriminações entre os indivíduos.

CONCLUSÃO

A lei e a moral impõem que tratemos a todos os indivíduos igualmente. Visões preconceituosas servem apenas para discriminar e impedir o reconhecimento legal de situações já existentes ou necessárias para o bem-estar de parte da sociedade.

Considerando a possibilidade de adoção por homossexuais tanto do ponto de vista do requerente quanto do requerido, a única conclusão aceitável é o deferimento da colocação em família substituta.

Não há como negar que a situação em que se encontram as crianças e adolescentes que vivem nas ruas e em orfanatos beira o limite do humanamente suportável.

Estudos comprovam que o desenvolvimento de menores educados por homossexuais é idêntico ao daqueles criados em um lar convencional.

Verifica-se, pois, que as únicas razões para o indeferimento da adoção por homossexuais são as fundadas em preconceito e, portanto, merecedoras de repúdio.

Por todo o exposto no decorrer do presente trabalho, outra conclusão não resta a não ser que admitir que um homossexual possa adotar é a melhor solução para ambas as partes, pois estas nada mais pretendem do que constituir uma família e prosseguir normalmente com suas vidas, inexistindo qualquer obstáculo legal, moral ou social, quando atendidos os requisitos de capacidade, maioridade e diferença de idade mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado, bem como a manifestação favorável de psicólogos e assistentes sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

CHAVES, Antônio. *Adoção, Adoção Simples e Adoção Plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. por Leandro Konder. Rio de Janeiro: SED, 1981.

KEHL, Maria Rita. Revista Almanaque Brasil de Cultura Popular, ano 2, número 14, maio/2000.

MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2006.

VILELLA, João Baptista. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2001.