

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA HOMOPARENTALIDADE

Paola Boechat de Almeida Teixeira*

Talissa Camara Tinoco de Siqueira**

RESUMO

É sabido que a união de pessoas homossexuais não tem sua situação regulamentada ou prevista pela legislação infraconstitucional. Com isso, o instituto jurídico da adoção não fica expressamente permitido em relação a elas. Contudo, baseando-se nos princípios e direitos arrolados na Constituição Federal de 1988 não será encontrada nenhuma vedação ao ato de adoção por casais homoafetivos, mas realidade diversa é encontrada em alguns tribunais. Muitas vezes, acaba ocorrendo interpretação literal da norma, esquecendo-se de que aquilo que não é proibido é permitido. Dentre os princípios arrolados na Constituição Federal de 1988, aqueles que mais se destacam sobre a interpretação do assunto são os Princípios da Isonomia, Legalidade, Dignidade Humana e, por último, o Princípio do Melhor Interesse da Criança; este, sendo o mais importante para o instituto da adoção, deve ser o mais bem analisado no momento da legalização ou deferimento daquele ato para qualquer pessoa, homossexual ou não. A proibição da adoção somente deixa claro o que há muito se observa na sociedade, o pré-conceito. Fala-se em a criança ter problemas futuros e sendo influenciada pela convivência, tornar-se também um homossexual. Mas se esquecem de que pessoas homossexuais nasceram e cresceram em um ambiente heterossexual, além de que não se pode tratar a homossexualidade como uma doença ou distúrbio de caráter de uma pessoa. Felizmente, alguns tribunais, conscientizados da importância da adoção para essas crianças, têm concedido procedência aos pedidos. Fica claro que é preferível dar uma oportunidade ao adotado de crescer em um ambiente familiar onde terá carinho, educação, saúde e respeito a deixá-lo numa instituição, onde haverá menos oportunidades para sua

* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Iniciação Científica de Pesquisa da referida instituição.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Iniciação Científica de Pesquisa da referida instituição

formação social. Como é sabido, o direito nasceu para os fatos e deve acompanhá-los; o novo assusta, mas é com ele que se aprende e são superadas as novas dificuldades da realidade, deixando claro que se deve regulamentar o mais rápido possível a situação dos homossexuais como entidade familiar, superando assim o pré-conceito da sociedade.

PALAVRAS CHAVES

CASAS HOMOAFETIVOS; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; ENTIDADE FAMILIAR; ADOÇÃO.

ABSTRACT

It is known that the union of homosexual people doesn't have their situation regulated or foreseen by the legislation. With this, the legal adoption institute isn't express allowed about them. However, basing on the principles and rights enrolled in the Federal Constitution of 1988 will not be found any prohibition to the act of adoption by homosexual couples, but different reality is found in some courts. It's because of the literal interpretation of the norm, forgetting itself that what isn't forbidden is allowed. Among the principles enrolled in the Federal Constitution de1988, those that more are distinguished on the interpretation of the subject are the Principles of the Isonomy, Legality, Human Dignity and, the last but not the least, the Principle of the Best Interest of the Child; this is the most important principle for the institute of the adoption, it must be the most analyzed at the moment of the legalization or granting of that act for any person, being homosexual or not. The prohibition of the adoption only proves what is very observed in the society, the prejudice. It's said about the child having problems in her future and, being influenced by the relationship, to also become an homosexual adult. But it's forget that homosexual people had been born and grown in an heterosexual atmosphere, beyond that society can't deal with the homosexuality as an illness or character disorder of a person. Happily, some courts that knows about the importance of the adoption for these children, have pronounced yes to the order. It's clearly that it's preferable to give a chance the adopted child to grow in a familiar atmosphere where will have affection, education, health and respect, then to leave in an institution, where will have little chances for its social formation. As everybody

knowns, the right was born for the facts and must follow them; the new scares, but it's with this that the new difficults of reality are learned and surpassed. The homosexual people's situation as familiar entity must have been prescribed as faster as possible, surpassing, then, the society's prejudice.

KEYWORDS

HOMOSEXUAL COUPLES; PRINCIPLES OF FEDERAL CONSTITUTION; FAMILIAR ENTITY; ADOPTION.

INTRODUÇÃO

A adoção é um instituto jurídico que tem por objetivo imitar a filiação natural, elevando a criança abandonada à condição de filho em relação ao(s) adotante(s); é, portanto um ato irrevogável.

É sabido que, no Brasil, não há norma que regulamente a situação dos homossexuais como casal, nem mesmo que reconheça essa união como entidade familiar. É daí que advêm alguns dos preconceitos sofridos por eles. Mas subsistem algumas indagações: Apesar de não haver norma regularizadora, podem esses tipos novos de vínculos afetivos serem considerados como entidade familiar? Podendo esse questionamento ser respondido no sentido positivo, podem estes mesmos lançar mão de todos os direitos que são cabíveis às entidades familiares constitucionalmente reconhecidas? O que fazer com os princípios que estão sendo violados na teimosia da sociedade na concessão destes citados direitos?

Tais indagações serão apresentadas, discutidas, refletidas e até mesmo posicionadas na concepção dos renomeados autores de Direito de Família.

Em alguns países, como Holanda, Noruega, Suécia, Estados Unidos e Dinamarca, há o reconhecimento legal, do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que a possibilidade jurídica da ocorrência do instituto da adoção para os mesmos também já é uma realidade. Um grande avanço, tendo em vista que países como Bélgica, Espanha e Argentina reconhecem o casamento, mas não permitem a adoção.

Com a falta de norma regulamentadora, deve-se buscar a solução desse conflito judiciário, utilizando-se os princípios arrolados na Constituição Federal de 1988, os

quais estão sendo deixados de lado quando o assunto é o referido tema, escolhido para ser defendido neste artigo.

O trabalho possui o fito de demonstrar qual a melhor forma que se tem para atingir o principal objetivo do direito, ou seja, evoluir seus campos de abrangência para que seja afastada exclusão, principalmente, das minorias societárias, buscando-se a paz social.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS EVOLUÇÕES SOCIETÁRIAS

A proibição da adoção e até mesmo da união entre os homoafetivos viola vários princípios e veda o usufruto de direitos arrolados na Constituição Federal de 1988, pertencentes a todos os indivíduos da sociedade. Devido a isso, essas pessoas estão vivendo à margem da sociedade, sendo, várias vezes, vítimas de um cruel e atrasado preconceito.

Muitas pessoas não sabem que sua postura preconceituosa, injusta e atrasada marginaliza cerca de 10% da sociedade.

Essa discriminação social é imposta desde cedo pela parte mais conservadora da sociedade, ensinando-nos a excluir tudo que é “errado” e “diferente” aos olhos desta, fato que não pode servir de base para o Direito, pois esta nasceu para os indivíduos e deve acompanhar as evoluções da sociedade, como foi em relação à união estável e à família monoparental.

A sociedade conhece, para que possa haver proteção estatal, entidade familiar como aquela “união entre homem e mulher”¹; seja casamento -- entidade familiar clássica -- ou união estável. Tendo sido esta última regulamentada por lei somente a partir do ano de 1994, ou seja, 4 anos após o reconhecimento expresso da família monoparental também como entidade familiar.²

¹ Artigo 226, §4º: entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

²Artigo 226, §4º: entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Todavia, nos primórdios da civilização, as relações de família regiam-se exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso era o único reconhecidamente válido.³ Coube ao Concílio de Trento (1542-1563) expressar o caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência exclusiva da Igreja e das autoridades eclesiásticas em tudo que relaciona com o casamento, a sua celebração, declaração e nulidade.⁴

A família era um instituto dotado da função de perpetuação dos laços de sangue, entendimento que ainda possui raízes fortes em meio à sociedade, conforme o entendimento de Silvio Venosa lembrado pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves em determinado acórdão do TJRS, quando focaliza a exigência de diversidade de sexo para o reconhecimento de uma união estável, ensinando que “a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei”.⁵ Outra Função da Família é a preservação do nome e patrimônio, tanto que os casamentos eram arranjados pelos patriarcas de cada família, estes geralmente apresentados na figura do pai, detentores do poder absoluto sobre todos que a compunham. A legitimação da superioridade masculina é expressa no Código Civil de 1916, no qual a mulher, que era tida antes como plenamente capaz, perdia esta qualidade no dia do seu casamento, pois, ao casar-se, tornava-se relativamente incapaz.⁶ Além de que, não se deve olvidar que qualquer outra forma de união era estupidamente repudiada pela sociedade da época.

Advindo a Lei do Divórcio, em 1977, rompeu-se a amálgama civil-religiosa da promessa imposta do “até que a morte nos separe”. Assim como foi diminuindo paulatinamente o preconceito que recaía sobre os filhos e mulheres provenientes de casamentos desmanchados.⁷ Contemporaneamente, o entendimento de família, antes funcional patrimonial; hoje não mais vinculada à idéia de matrimônio, uma vez que é

³ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

⁴ *Ibidem*. P. 27-29

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Declaratória. Nº 70011120573. Quarto grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2005. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso: 02 de agosto de 2007.

⁶ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, P. 27

⁷ *ibidem*. p.21.

possível a reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e matrimônio sem reprodução;⁸ foi perdendo espaço para as novas relações, as quais tiveram respaldo na Constituição Federal, que consagrou várias vinculações afetivas em detrimento do modelo patriarcal até então existente, deixando de existir o instituto do pátrio poder e sendo criado o poder familiar. Deslocou-se o centro da constituição do princípio da autoridade para o princípio da compreensão e do amor.⁹

2. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Demorou-se, mas foram reconhecidas novas entidades familiares além do casamento. Atualmente, na sociedade, é muito discutida a possibilidade de formação destas entidades por casais homoafetivos. O raciocínio é o mesmo utilizado anteriormente: legaliza-se a situação e espera-se que a sociedade se acostume com o fato.

Enquanto não há legislação, uma das atitudes cabíveis na ordem jurídica é a legitimação destas situações baseando-se nos princípios constitucionais.

O Princípio da Isonomia das Normas mostra o dever de aplicá-las de maneira igual para todos os indivíduos e este se interliga ao Princípio da Igualdade¹⁰ que informa que todas as pessoas devem ser tratadas de maneira igualitária, respeitando suas diferenças e individualidades. Este princípio também se correlaciona com o Princípio da não discriminação, o qual defende a paternidade e maternidade como direito subjetivo inerente aos cidadãos, independente da orientação sexual optada.¹¹ Aproveitando-se pra citar a muito bem elaborada lição de Marlova Satwinski Fuga:

Se todos os cidadãos são iguais perante a lei, sem distinção ou discriminação de qualquer natureza, não há diferença que o

⁸ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Adoção entre Pessoas do Mesmo Sexo e os Princípios Constitucionais*. Revista Brasileira do Direito de Família. Belo Horizonte: ed. Síntese. Nº30, p. 108. Set 2006.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 5 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19.

¹⁰ Artigo 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹ GIRARDI, Viviane. *Op. Cit.*, p. 21.

direito ou o Estado possa apontar entre um casal heterossexual e um homossexual. A orientação sexual diferente daquela que na sociedade é tida como *normal* também merece a proteção do Estado, pois, antes de tudo, são cidadãos como aqueles que se identificam como homens e como mulheres heterossexuais.¹²

O Princípio da Dignidade Humana¹³ preconiza que cada indivíduo tem direito a não ser excluído ou se sentir inferiorizado diante da sociedade quando analisado na sua identidade pessoal e nas suas características individuais. Esta é uma cláusula geral de tutela da personalidade que tem como defesa, no momento, o direito à orientação sexual como direito personalíssimo de todos e qualquer cidadão.¹⁴

E, por último, mas não menos importante, o Princípio do Melhor Interesse da Criança muito bem explicitado no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”¹⁵.

Um casal homoafetivo, além do motivo legítimo de almejar ser pai (ou mãe, como for o caso), pode oferecer (analisando-se o caso concreto) melhores vantagens, tais como educação, saúde, atenção e uma “atmosfera de amor”¹⁶ no ambiente familiar em detrimento daquelas que estas crianças receberiam em internatos e abrigos.

Outra evidência clara da importância deste princípio no que tange à adoção é encontrada exposta nas palavras do Magistrado Siro Darlan: “Os valores da sociedade mudam. Buscamos o melhor para as crianças, independente da opção sexual dos pais”¹⁷.

Em decorrência dos princípios acima arrolados, não devem ser os casais homoafetivos privados de qualquer direito enquanto casal, pois a Carta Cidadã proíbe qualquer tipo de discriminação, valora a igualdade, o direito à intimidade e à vida privada, tidas como cláusulas pétreas, além de promover o bem-estar e a dignidade de todos, como fundamento da República;¹⁸ com isso, os tratamentos desiguais dados aos casais héteros e os homoafetivos vão de encontro às premissas Constitucionais, devendo

¹² FUGA, Marlova Satwinski. *Adoção por indivíduos homossexuais*. Revista justiça do direito. Passo Fundo. V.1, nº.15, p. 155-166. 2001.

¹³ Artigo 1º: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁴ Fuga, Marlova Satwinski. *Op. Cit.*, p. 155-166.

¹⁵ Artigo 43. Lei 8.069/90. BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁶ CHAVE, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey – Minas Gerais. P. 318. 1995

¹⁷ FUGA, Marlova Satwinski. *Op. Cit.*, p. 162.

¹⁸ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Op cit.* p.102.

os magistrados, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, que é a garantia que a Constituição Federal traz, não citando a opção sexual dos indivíduos.

Analisando a Constituição Federal de 1988 poderá ser observado quais são os requisitos de ordem objetiva para caracterização de uma entidade familiar; esclarecendo que o de ordem subjetiva, o afeto, é o mais importante elo entre as pessoas. Mas, julgados afirmam que este por si só não vincula uma pessoa a prestar alguma obrigação para com a outra no término da relação homoafetiva, como demonstra o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações.¹⁹

Faz também menção do que vem a ser entidade familiar, à luz da legislação, em seu artigo 226, parágrafos terceiro e quarto. Sendo este artigo considerado taxativo, restringir-se-á a formação da entidade familiar às relações formadas por homem e mulher, ou àquela formada por um dos pais e os descendentes.

Seguindo esta linha de raciocínio, não só a relação entre pessoas do mesmo sexo, como também a convivência, em um domicílio, por irmãos cujos pais não se encontram inseridos neste, serão excluídos do significado de entidade familiar, não tendo direitos seguros pela Constituição.

Motivo este que faz surgir a necessidade de o rol taxativo deste polêmico artigo dever ser excluído do mundo jurídico e enterrado com algumas idéias conservadoras da sociedade.

Um dos argumentos contra o rol exemplificativo deste artigo é a afirmação de que quando o legislador quis, ele exemplificou os tipos de entidade familiar, tal como nos supracitados parágrafos 3º e 4º, mas jamais deve ser violado o Princípio interpretativo das normas constitucionais, segundo o qual as normas gerais devem ser

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. 001.04634, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 24 de abril de 2007. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em: 19/07/07.

interpretadas de forma extensiva, não podendo deixar de abranger nenhum significado importante a elas pertinente como supra exemplificada a entidade familiar formada por irmãos e a formada por pessoas de mesmo sexo.

Conforme entendimento de Lobo “O Caput do art. 266 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade”.²⁰ O § 3º do mesmo artigo, que tem a diversidade de sexos como pressuposto para a configuração da união estável, deve ser interpretado conforme os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da afetividade jurídica e que seu § 4º, por possuir uma conjunção aditiva “também”, torna evidente seu caráter exemplificativo e permite-nos reconhecer as relações homoafetivas como entidades familiares.²¹ Esse princípio só não será observado quando a norma analisada for uma exceção à regra geral, o que não vem ao caso em análise.

Com relação aos requisitos formadores das entidades familiares e da ocorrência da união estável, é de suma importância a citação de uma norma infraconstitucional, ou seja, a lei 10.406/02, atual Código Civil, que, em seus artigos 1.723, caput e 1.724, muito bem leciona estes notórios requisitos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.²²

Analisando o artigo 1.723, caput, mais uma vez é encontrada uma norma que poderá ser considerada taxativa ou exemplificativa, e, mais uma vez dever-se-á atentar para o Princípio Interpretativo das normas constitucionais. É possível, por exemplo encontrar aplicações dessa norma considerando-a taxativa, como em um julgado de TJRJ:

As ações de alimentos cuja causa de pedir seja a relação homoafetiva, pretendendo equiparação por analogia com a

²⁰ ANDARDE, Diogo de Calasans Melo. *Op cit.* p.103.

²¹ *ibidem.* p.108.

²² Artigos 1.723 e 1.724. Lei 10.406/02. BRASIL, *Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007.

união estável entre um homem e uma mulher, devem ser analisadas pelo juízo de família, considerando que não se está discutindo sociedade de fato. 2. No mérito, a equiparação da relação homoafetiva com a instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional, bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do C. Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher²³

Por outro lado, quem afirma ser o rol exemplificativo utiliza argumentos de que quando a Carta Magna quer proibir, ela o faz expressamente, não deixando assim margem para interpretação por parte do operante do Direito. Pois como muito bem esclarece o Sr. Des. Francisco Figueiredo, “É bom lembrar que nossa Constituição, extremamente rica em minúcias - a ponto de ser criticada por esse motivo na época - cingiu o reconhecimento ao homem e à mulher na união estável. Nem poderia ser de outra forma, pois nossa Carta Magna já existe há quase duas décadas. Naquela época, que foi ontem dentro da dinâmica galopante do tempo e do espaço, a questão já existia, mas não era polêmica. Poderia ter sido declarado, junto a esse reconhecimento, que ficava vedado o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Não o fez, no que, por sinal, demonstrou, se não sabedoria, pelo menos cautela e prudência. Não podemos nos esquecer a diferença “de proibição” para “não-contemplação”.²⁴

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, tem-se o exemplo de um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual a ementa de uma ação ordinária utilizou argumento parecido com o descrito acima, mas com um acréscimo a respeito da analogia do artigo 4º da LICC. Eis a ementa:

À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador

²³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº2007.001.04634 www.tjrj.gov.br. Acesso em: 19/07/07

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Declaratória nº 1.0702.03.094371-7/001(1).Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG. 22 de março de 2005. Disponível em: www.tjmg.gov.br. Acesso em: 30/07/2007

essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.²⁵

Entretanto, findaremos essa discussão pelo fato de a mesma já ter sido anteriormente abordada.

Outros requisitos exigidos também pelo código civil referem-se a alguns comportamentos relativos a um casal, tal como “Convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Casal homoafetivo também preenche esses requisitos, não havendo, pois, motivo para exclusão das uniões homoafetivas do entendimento de núcleo familiar, quanto a isso não há distinção que a sociedade possa fazer, muito menos que o Direito, sob pena de violar o princípio da igualdade.

Em relação artigo 1.724, também não é encontrada nenhuma diferença entre casais hétero e homossexuais; muito pelo contrário, entre casais homossexuais nunca foi falado de um companheiro. O que é encontrado é uma troca de respeito e assistência muito forte e presente no cotidiano. Podemos aqui citar o caso dos cabeleireiros João e Paulo, de Ribeirão Preto, que estão juntos há 15 anos, no qual Paulo, que já havia tido 2 filhos, concordou em adotar mais 4 crianças para realizar o sonho de João de ser pai. Não há no mundo exemplo maior de assistência moral e auxílio à realização pessoal do que esta vivida por este casal.²⁶

3. ADOÇÃO: REQUISITOS

Até o presente momento só foram ditos argumentos contra o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar com ausência de fundamentação científica ou comprovação fática. O argumento mais forte é baseado no preconceito. Se esta união

²⁵ BRASIL.Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Ordinária nº 1.0024.06.930324-6/001(1). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 22 de julho de 2007. disponível em: www.tjmg.gov.br. Acesso em: 10 de ago de 2007

²⁶ O casal queria adotar duas crianças, foi então chamado ao Fórum pelo juiz que lhes falou sobre 4 irmãos à espera de adoção. O casal não hesitou e resolveu que cuidaria dos 4 para que estes irmãos não precisassem se separar. No momento, obtiveram a guarda provisória das crianças e já tomaram todas as providencias necessárias para que seja efetivada a adoção, dando assim, melhores condições de vida e uma verdadeira estrutura familiar. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u135309.shtml. Acesso em 24/03/07.

for considerada entidade familiar, eles poderão ter todos os direitos dignos pertinentes a esta, inclusive a possibilidade jurídica da adoção.

Após essa análise a respeito dos requisitos constitucionais para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, serão analisados os requisitos para que seja efetivada a adoção, demonstrando a viabilidade para que este instituto possa ser efetivado por parte dos casais homoafetivos.

Tem-se por adoção um ato jurídico no qual um casal ou uma pessoa maior de dezoito anos assume como filho outra pessoa. O Código Civil de 1916 trazia claras diferenças entre filhos naturais e adotivos, principalmente quanto ao direito à herança. Com o advento da Constituição de 1988, seguindo as inovações em matéria de família e filiação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, provocou a grande mudança no instituto da adoção, eliminando todas as diferenças entre filhos biológicos e adotivos, definindo claramente que se devem priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança e do adolescente. Expressa-se no artigo 41, caput do Estatuto de Criança e do Adolescente:

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.²⁷

O instituto da adoção é regulado por dois diplomas legais: a Lei Civil regulamenta a adoção de maiores e menores; enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente trata dos adotandos de até 18 anos.²⁸

Como um dos requisitos fundamentais para a adoção tem-se o princípio da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, que se volta mais para a estrutura emocional e ao comportamento ético e moral dos adotantes do que para a sua orientação sexual.

A Constituição Federal tutela expressa e exemplificadamente a família monoparental, no artigo 226, § 4º, independente de o pai ou a mãe sentir desejo pelo mesmo sexo biológico.²⁹ A orientação afetivo-sexual é tão falha que se uma pessoa solteira se declarar homossexual pode conseguir adotar uma criança.

²⁷ Artigo 41. Lei 8.069/90. BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2007

²⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*. 2ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

²⁹ WALD, Arnaldo. *Op. Cit.* p. 15.

O que realmente é relevante para a concessão da adoção é que haja reais vantagens para o adotando e possua fulcro em motivos legítimos.

A adoção é ato pessoal e personalíssimo e, é exigido pelo Estatuto de Criança e do Adolescente e pelo Código Civil que o adotante tenha no mínimo 18 anos se solteiro e se forem casados ou viverem em união estável pelo menos um dos membros deste casal deverá ter a idade de 18 anos, devendo ainda ser provada a estabilidade da família. Além disso, faz-se necessário que haja uma diferença de idade de no mínimo 16 anos entre adotante(s) e adotado(s).

Com a consagração do princípio constitucional da igualdade, promovido pela Constituição de 1988, os homossexuais sentiram-se no direito de reivindicar o dever de respeito às diferenças, exigindo um tratamento isonômico no que diz respeito aos direitos conferidos aos heterossexuais. Logo, não permitir que um casal homoafetivo integre a fila de pretendentes a pais adotivos é um flagrante desrespeito a este princípio.

Fato é que há, na legislação referente à adoção, uma lacuna.³⁰ Esta não é expressamente vedada a quem quer que seja, podendo ser pleiteada por qualquer pessoa não importando se é em relação a uma criança, a um adolescente ou a um adulto.³¹ Em função disso, cabe ressaltar uma crítica aos tribunais que se deparando com pedido formulado em nome de dois companheiros do mesmo sexo, indeferem a petição inicial, alegando impossibilidade jurídica do pedido. Ao criar-se o questionamento a respeito de qual seria tal impossibilidade, muitos destes não conseguem encontrar respostas de natureza jurídica adequadas. As alegações possuem cunho meramente moral, desprovidas de qualquer fundamentação jurídica. É do conhecimento de todos que o Direito deve ser laico, ou seja, desapegado de influências religiosas.

Argumentos baseados numa ótica religiosa ou sob uma moral conservadora, machista ou heterossexista não devem ser utilizados por operadores jurídicos, haja vista o seu comprometimento com a salvaguarda dos direitos fundamentais para a ampliação das condições de cidadania. O mais sensato é que se tire a venda dos olhos para que possa enxergar que a sociedade passa por inúmeras transformações jurídico-científicas,

³⁰ FIGUERÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 83.

³¹ Artigo 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Parágrafo único: Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto. As pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade. Lei 8069/90 BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2007.

as quais o Direito não pode ser inerte, estático. Indeferir um pedido de adoção pelo simples fato de figurarem como requerentes um casal homoafetivo demonstra puro preconceito ou no mínimo falta de informações adequadas sobre o atual estágio de conhecimento.³²

Como afirmou o Procurador Regional da República, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, no encerramento do I Seminário de Direitos Humanos e Cidadania Homossexual (21.09.1999, Congresso Nacional, Brasília/DF),

Se a cidadania não chegou para muitos, isso não é problema de poucos. Não respeitar as diferenças existentes na sociedade e em nós mesmos reforça os preconceitos herdados, criados e construídos, discriminando os que não são ou não parecem iguais. A defesa dos direitos humanos não tem barreiras geográficas, sexuais ou raciais. O único limite é o ético. O desrespeito a eles atinge a cada um e todos nós, ao mesmo tempo.³³

O Brasil é um país marcado pela mutilação afetiva de inúmeras crianças albergadas e à espera da sonhada família. O valor social a ser prestigiado na adoção é o melhor interesse da criança e como tal este deve ser perseguido arduamente. Negar o direito de adoção aos homossexuais é o mesmo que negar às crianças e aos adolescentes o direito de terem pais, que lhes darão condições de acesso à saúde, à educação e ao afeto. Além vetar-lhes o direito de toda pessoa humana de ser amada e de pertencer a uma família.

O direito de amar e de ser amado não deve ser processar sob a hegemonia do preconceito e da segregação. A união entre (...) pessoas sempre transcende as imperfeições humanas (...). Condenar uma forma de amar, qualquer que seja ela, é o mesmo que mutilar mais uma possibilidade de o mundo se tornar melhor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a problemática desenvolvida neste trabalho, observou-se que em se tratando de homoafetividade e homoparentalidade, os princípios constitucionais da

³² SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Op.cit.*, p. 161.

³³ ARAÚJO, Heiderhilton Santos. *Uma questão de fé*. In: *Jornal Diário de Ilhéus*. Ilhéus/BA, a.V,2003, n.985, p.2, ago,21.

Isonomia, Legalidade, Dignidade Humana e Interpretação Extensiva das normas estão sendo brutalmente violados, bem como a regra do uso da analogia lecionada pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Faz mister analisar a real função do instituto jurídico que é o casamento. Contemporaneamente, esta é observada mais voltada para a realização pessoal, vinculada ao afeto, ao respeito e à ajuda mútua, em detrimento da tão somente procriação. Não o sendo assim, dever-se-ia condenar o planejamento familiar, o casamento entre pessoas incapazes ou até mesmo aquelas não intencionadas a gerarem filhos.

Com o reconhecimento de novas entidades familiares pela Constituição Federal, analisa-se que a união homoafetiva preenche os requisitos alencados nos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil, os quais não fazem menção quanto à orientação sexual dos componentes. Lamentável é saber que grande parte da sociedade ainda trata a homossexualidade como doença, ainda que cientificamente comprovado não o ser. Motivo pelo qual o Conselho Federal de Psicologia proíbe expressamente que os psicólogos brasileiros tratem a homossexualidade como tal. Cumpre ainda destacar que, segundo a Classificação Internacional das Doenças (CID) divulgada periodicamente pela Organização Mundial da Saúde (OMS) foi concluído pelos revisores da CID-10, em 1995, não existirem mais sinais que justifiquem considerar a orientação sexual, doença ou sintoma, tratando-se tão somente de uma manifestação do ser humano. Assim, o sufixo *-ismo* (grego), que também significa *doença* foi substituído pelo sufixo *-dade* (latim), que significa *modo de ser*.³⁴

Com admirável sensibilidade afirma o Desembargador - Relator Dr. Luis Felipe Brasil Santos: “Se o casal tem todas as características de uma união estável – vivem juntas com o intuito de constituir família, tem uma relação pública e duradoura – não importa o sexo das pessoas. Elas devem ser tratadas com todos os direitos de uma família. Podem adotar em conjunto”.³⁵

O inconveniente é que a adoção, por poder ser efetivada para qualquer pessoa, desde que atendidos os interesses do adotando, está sendo deferida quando pleiteada por

³⁴ KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamin J.; GREEB, Jack A.; trad. Dayse Batista. *Compêndio de Psiquiatria: Ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. 7. ed., 3. reimp., Porto Alegre: Artmed, 1997, p. 495.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013801592. Porto Alegre, RS. Disponível em: www.tj.rs.gov.br . Acesso em: 19/07.

uma pessoa solteira e declaradamente homossexual. Isso faz com que sendo que, num ambiente familiar, essa criança irá conviver com o parceiro do adotante, se for este o caso; logo, vedando-se a adoção por esses casais somente faz ocorrer, em relação ao adotado, a não disposição dos direitos sucessórios a ele pertencente, violando-se, assim, o Princípio do Melhor Interesse da criança. Uma norma viria apenas para regulamentar uma situação pré-existente.

Argumentos contra a elaboração desta citada norma são no sentido de crianças sofrerem influência em relação à orientação sexual de seus pais, o que não ocorre por não ser um caráter ambientalmente enraizado; e o desequilíbrio emocional por parte deste grupo socialmente marginalizado, o que também é um mito histórico devido ao fato de serem relatados diariamente casos de maus tratos, espancamento e abusos sexuais de crianças provenientes de famílias heterossexuais.

Encerra-se esta pesquisa com as sábias palavras de Marcos Rolim:

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da fixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia dizer por quê? “Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: --“ Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais?”³⁶

Diante do exposto, espera-se que haja uma maior reflexão social a respeito do referido tema a fim de que seja disseminada qualquer forma de segregação. Pois a sociedade ainda possui pessoas conservadoras que enraizadas ao preconceito, acabam por atrasar o progresso, impedindo assim que o direito evolua à mesma proporção das mudanças sócio-políticas.

Referências:

³⁶ ROLIM, Marcos. *Casais homossexuais e adoção*. Crônica a respeito da decisão judicial da guarda do filho de Cássia Eller. Disponível em: www.rolim.com.br/cronic162.htm. Acesso em: 22/04/07.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre Pessoas do Mesmo Sexo e os Princípios Constitucionais. In: *Revista Brasileira do Direito de Família*, n. 30, Belo Horizonte: Ed. Síntese, set., 2006.

ARAÚJO, Heiderhilton Santos. Uma questão de fé. In: *Jornal Diário de Ilhéus*, v. 21, n.985, Ilhéus/BA, ago., 2003.

BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Declaratória n. 1.0702.03.094371-7/001(1). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG. 22 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 30 de jul. de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Ordinária n. 1.0024.06.930324-6/001(1). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 22 de julho de 2007. disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 10 de ago. de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. 001.04634, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 24 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 19 de jul. de 2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2007.001.04634 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 19 de jul. de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70013801592. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 19 de jul. de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Declaratória. Nº 70011120573. Quarto grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 set. 2007.

CHAVE, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FIGUERÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2001.

FUGA, Marlova Satwinski. Adoção por indivíduos homossexuais. In: *Revista justiça do direito*, v.1, n.15, Passo Fundo: Ed. Faculdade de Direito de Passo Fundo, 2001.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamin J.; GREEB, Jack A.; trad. Dayse Batista. *Compêndio de Psiquiatria: Ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. 7. ed., 3. reimp., Porto Alegre: Artmed, 1997, p. 495.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11 ed., v. 5 Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*. 2 ed., 2 tir., Curitiba: Juruá, 2007.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002.