

A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E CIVIS DA PATERNIDADE HOMOPARENTAL

Jacson Gross¹

Paula Pinhal de Carlos²

RESUMO

Este artigo trata da possibilidade da adoção por casais homossexuais. Procuramos trazer à tona alguns dispositivos legais, demonstrando que não há impedimento à adoção nesses casos. Verificamos alguns argumentos de ordem social ou psicológica que balizam opiniões contrárias ou favoráveis à temática. Como forma de tratar da recepção da homoparentalidade no Direito brasileiro, elencamos o que dizem a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Identificamos, por fim, a necessidade da leitura desses dispositivos à luz dos novos modelos de família, pautados no afeto, e que se prestam à inclusão, também, de famílias formadas por casais homossexuais, inclusive com filhos adotados.

Palavras-chave: Adoção. Homoparentalidade. Paternidade.

THE POSSIBILITY OF ADOPTION BY HOMOSEXUAL COUPLES: CONSTITUTIONAL AND CIVIL ASPECTS OF HOMOPARENTHOOD

ABSTRACT

This article deals with the possibility of adoption by homosexual couples. We try to bring out some legal instruments, demonstrating that there is no impediment to the adoption in these cases. We checked some arguments of social or psychological order, which guide opinions contrary or favorable to the theme. In order to treat the receipt of homoparenthood under

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle/Canoas (UNILASALLE) e aluno do Mestrado em Direito e Sociedade da mesma instituição.

² Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais e mestre em Direito (área de concentração Direito Público) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutora em Ciências Humanas (área de concentração Estudos de Gênero) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora permanente do Mestrado em Direito em Direito e Sociedade e professora colaboradora do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais, ambos do Centro Universitário La Salle/Canoas (UNILASALLE). Professora da graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).

Brazilian law, we list the content of the Federal Constitution, the Civil Code and the Statute of Children and Adolescents. Finally, we identify the need for the interpretation of these instruments in the light of the new family models, lined in affection, and conducing to the inclusion, also, of families formed by homosexual couples, including with adopted children.

Keywords: Adoption. Homoparenthood. Parenthood.

1 INTRODUÇÃO

A família está em constante transformação, e o Direito de Família busca acolher e tutelar tais mudanças, muito mais visíveis (sensíveis) e exponenciais após a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988. A Carta Magna introduziu o princípio da igualdade de filiação, mudando com isso, no ordenamento, os valores das relações familiares, positivando novos tipos de família e rompendo com a ideia da família ligada pelo patrimônio, trazendo para o seu cimento basilar também o afeto, seja na relação entre filhos, entre os cônjuges ou conviventes. Frisa o autor Luiz Edson Fachin que

ser sujeito de direito representava ser “sujeito de patrimônio”, ter muitos bens e nesta esteira de entendimento, a legislação cível daquela época, totalmente patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser” e direcionava-se aos grandes proprietários, devendo-se frisar que a massa popular não sabia de seus direitos e tampouco que poderia invocá-los (2000, p.298).

A família contemporânea traz consigo novos conceitos, tais como família socioafetiva, filiação socioafetiva, homoafetividade, homoparentalidade, dentre outros, e, a partir dessas novas relações, novos questionamentos e novas relações jurídicas não antes enfrentadas pelo Direito pátrio, como a adoção por casais homossexuais. Ainda, como bem enfatiza Sílvio de Salvo Venosa, “é dentro da realidade das relações humanas que se justifica a existência de tal direito, pois, só existe direito porque há sociedade – ubi societates, ibi ius.” (2001, p. 21). Observa nesse aspecto o professor Luiz Edson Fachin o que segue:

quando se conta a história da formação da grande família do começo do século, evoluindo para a família pós-nuclear do final deste século, conta-se a história de mudanças dos valores que inspiravam o sistema codificado. Havia um 'código' do contrato, como havia um 'código' do patrimônio, prontos e acabados no Código Civil. (2000, p. 207-208).

2 ARGUMENTOS RELATIVOS À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

No que tange à adoção por casais homossexuais, de um lado temos parte da sociedade e dos operadores do Direito colocando-se contrários a tal possibilidade. Como salienta Rios,

de fato, nas disputas judiciais envolvendo a temática de nosso estudo, tem-se alegado contra a possibilidade de adoção por homossexuais argumentos de variada matiz, tais como o (1) perigo potencial de a criança sofrer violência sexual (2) o risco de influenciar-se a orientação sexual da criança pela do adotante (3) a incapacidade de homossexuais serem bons pais e (4) a possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante (2001, p. 141).

Além dos já expostos, há ainda o argumento jurídico da taxatividade das entidades familiares reconhecidas pela CF. Assim, se a Carta Magna prevê que o casamento e a união estável se dão apenas entre homem e mulher, isso geraria, por consequência, a impossibilidade da adoção por casais homossexuais.

De outro lado, temos os que defendem essa possibilidade, com argumentos tão numerosos quanto os do primeiro grupo. Alguns exemplos são os que seguem: a finalidade primordial da adoção é o bem estar do adotado, sacramentado pelo princípio do melhor interesse do menor; o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 42, não veda a adoção por casais homossexuais; estudos desenvolvidos em países onde a adoção homossexual é realidade há muitos anos mostram que os filhos adotivos não apresentam diferenças em relação aos adotados por casais heterossexuais, bem como a vedação da diferenciação jurídica em face da sexualidade, a partir da leitura dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A legislação pátria ainda não disciplinou a matéria, mantendo a polêmica em torno da lacuna³ existente no tocante a esse tema. A lei da adoção (Lei nº 12010/2009), o ECA (Lei 8069/1990) e os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil (CC) disciplinam o tema. Entretanto, nem sequer margeiam a possibilidade da adoção por casais homossexuais, gerando interpretações diversas. Segundo esses dispositivos legais, são requisitos obrigatórios da adoção os seguintes: O adotando deve possuir no máximo 18 anos de idade, exceção feita se ele estiver sob guarda ou tutela dos adotantes; O adotando não pode ter 18 anos quando a ação for distribuída, no entanto se na data da sentença este tiver idade superior a 18 anos a adoção

³ Para Luiz Regis Prado, “a lacuna caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo” (1997, p.162).

ocorrerá sem restrição alguma; A adoção irá atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos, desligando-se de qualquer vínculo biológico, exceção feita quando invoca-se um impedimento matrimonial; O cônjuge pode adotar o filho do outro, criando a filiação de forma ampla, em relação ao parentesco; o cônjuge só poderá adotar o filho de sua esposa que não tiver em sua Certidão de Nascimento o registro de seu pai biológico, caso contrário este não poderá ser adotado; Padrasto e madrasta são parentes por afinidade em relação ao filho de seu cônjuge; O direito sucessório entre adotante e adotado é recíproco, na forma estabelecida para a filiação biológica; O adotante tem que possuir 18 anos de idade no mínimo independentemente de seu estado civil; Aquele que é solteiro terá o direito de adotar, no entanto deverá ser maior de idade; É possível ocorrer a chamada adoção conjunta, exigindo-se para tanto que eles sejam casados no civil, ou vivam em união estável; Não podem adotar os ascendente e os irmãos do adotando; É necessário existir uma diferença entre o adotante e o adotado, em relação a sua idade, pois o primeiro tem que ser mais velho que o segundo em 16 (dezesesseis) anos de idade. Aquele que tiver 18 anos de idade já tem o direito de adotar, mas deverá ser uma criança de no máximo dois anos para que a diferença entre estes seja de 16 anos de idade; Os divorciados, os separados e os ex-companheiros, podem adotar na forma conjunta, desde que exista acordo sobre a guarda e o direito de visita, bem como, tenha ocorrido o estágio de convivência na constância da convivência; A adoção só será deferida após manifestação de vontade do adotante. Mesmo que faleça antes da sentença; A ação depende de existir a manifestação de vontade dos pais para a sua procedência, sendo dispensado se os pais não forem conhecidos ou estiverem destituídos do poder familiar; O adotando somente se manifesta se possuir 12 (doze) anos ou mais; Toda adoção será precedida pelo ato processual denominado "estágio de convivência". Esse estágio não tem prazo fixado em lei, variando de caso a caso, na exigência do juiz da ação; É possível ocorrer a dispensa do estágio, nas seguintes hipóteses: se os adotantes exercerem a tutela do menor, ou se os autores exercerem a guarda legal do menor; Toda adoção é irrevogável, podendo a sentença modificar o prenome do adotando (se houver pedido). O sobrenome do adotando será automaticamente o do adotante; A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos; Toda adoção exige a intervenção do Poder Judiciário através de ação própria. Como vemos, o legislador omitiu-se ao não tratar diretamente a possibilidade da adoção homoparental.

Diante do exposto, depreende-se que os argumentos contrários à adoção por casais homossexuais nascem do preconceito e da falta de uma legislação que autorize essa adoção, no entanto. Não existe, na legislação pátria, algo que vede tal ato.

3 ASPECTOS CIVIS E CONSTITUCIONAIS DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

A família é um dos institutos⁴ que mais sofreu alterações nos últimos anos, uma vez que não poderia ficar alheia aos anseios e às transformações da sociedade. Várias alterações se deram com a promulgação da CF de 1988, a qual positivou novos tipos de família, trazendo um conceito amplo do instituto e a proteção jurídica de seus entes.

Durante muito tempo, a família foi vista apenas como a reunião de pessoas que possuíam o mesmo sangue. Admitia-se somente família constituída por meio do casamento civil e os filhos advindos dessa união, relegando quaisquer outros tipos de relações e os filhos gerados por elas. O Direito Civil brasileiro, seguindo a tradição do Direito Romano, trazia no CC de 1916, em seus artigos 337, 352 e 355, as classificações entre filhos, sendo estes legítimos, ilegítimos, legitimados e bastardos. Legítimos eram aqueles gerados na vigência do casamento de seus pais, sendo ilegítimos ou bastardos os nascidos fora do leito matrimonial, e os legitimados aqueles concebidos por pessoas que, posteriormente ao nascimento, viessem a se casar. Essas discriminações conceituais e seus reflexos patrimoniais, sociais, humanos, etc., foram extintos (ao menos da letra da lei) com o advento da CF de 1988. Segundo afirma Paulo Lôbo, CF promulgou “o fim do vergonhoso *apartheid* legal” (2010, p. 214).

Maria Berenice Dias exprime bem essas mudanças:

⁴ “Instituto Jurídico é a reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que procura realizar. É uma parte da ordem jurídica e, como esta, deve apresentar algumas qualidades: harmonia, coerência lógica, unidade de fim. Enquanto a ordem jurídica dispõe sobre a generalidade das relações sociais, o instituto se fixa apenas em um tipo de relação ou de interesse: adoção, pátrio poder, naturalização, hipoteca etc. Considerando-os análogos aos seres vivos, pois nascem, duram e morrem, Ihering chamou-os de *corpos jurídicos*, para distingui-los de simples matéria jurídica. Diversos institutos afins formam um ramo, e o conjunto destes, a ordem jurídica.” (Nader, 1988, p.100).

“*INSTITUIÇÃO JURÍDICA* - As regras de direito, quando unificadas, constituindo um todo orgânico destinado a reger uma matéria jurídica vasta, compreendendo várias relações jurídicas, formam uma instituição jurídica (§§ 22 e 199). A família, o Estado, etc. são instituições. Como entendê-la? Segundo Roubier (*Théorie Générale Du Droit*), é o “conjunto orgânico, que contém a regulamentação de um dado concreto e durável da vida social e que está constituído por um núcleo de regras jurídicas dirigidas para um fim comum”. Assim, tem, como nota Roubier, dois elementos principais: duração, manifestada na repetição de fatos que lhe servem de base, e caráter orgânico, decorrente do conjunto jurídico harmônico por ela criado. A duração é relativa, pois muitas instituições jurídicas do passado não mais existem, como, por exemplo, a escravidão e o feudalismo. Existe, diz Roubier, razoável durabilidade. A organicidade, isto é, a interligação das normas em função da finalidade que lhes é comum, como nota Roubier, é a forma ideal de integração das regras jurídicas. A maioria das instituições jurídicas tem sua origem na vida social, como, por exemplo, a família. Sendo a instituição jurídica conjunto orgânico, durável, de regras jurídicas, tem os seguintes caracteres da regra de direito: bilateralidade, coercibilidade, generalidade e sanção do poder público ou o consenso das nações (instituições internacionais). Mas a essas características se sobrepõe a finalidade comum em função da qual a instituição exerce o seu papel jurídico-social e em razão da qual devem ser interpretadas as normas que a constituem.” (GUSMÃO, 1996, p.62).

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem, não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do entendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: o afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito, e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e o desenvolvimento das famílias (2009, p. 34).

A Carta Magna, já em seu preâmbulo, cita a igualdade e uma sociedade sem preconceitos dentre seus balizadores. Acreditamos ser esse o grande marco jurídico no que tange ao tratamento igualitário, seja entre os filhos, entre os cônjuges ou entre qualquer outra relação familiar-social. Reza o preâmbulo o que segue:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de **Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Na crescente esteira de mudanças trazidas pela CF de 1988, ganha amparo jurisdicional a união estável, que é regulamentada pelas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, nas quais a entidade familiar ganha novas formações. Nesse momento, começa-se a entender que existia algo maior entre as pessoas que formavam a família (real/de fato, para as quais muitas vezes a lei passa ao largo da realidade de suas relações sociais) e que o Direito não vislumbrava, até então, o afeto. No entanto, na promulgação dessas duas leis, a família homoparental ainda encontrava-se desprotegida da tutela jurídico-estatal.

A família deixou de ser exclusivamente patriarcal - uma das grandes mudanças - compartilhando-se as responsabilidades, direitos e deveres entre ambos os cônjuges, como dispõe o parágrafo 5º do artigo 226 da CF de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Outra chancela constitucional foi a da família monoparental, que é definida no artigo 226, § 4º, como sendo “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. As famílias formadas por um dos pais e seus descendentes organizam-se tanto pela vontade de assumir a paternidade ou a maternidade sem a participação do outro genitor, quanto por circunstâncias alheias à vontade humana, entre as quais a morte, o divórcio e o abandono. O caso típico é o das mães solteiras: é a cada dia maior a quantidade de mulheres que vivem sozinhas por opção, mas sem abrir mão da maternidade, inclusive como forma de realização pessoal, com seus filhos chamados popularmente de “produção independente”. O aumento das famílias sob

responsabilidade exclusiva das mulheres passou de 22,2%, em 2000, para 37,3% em 2010 (IBGE, 2010). Outra situação típica é o divórcio em que um dos pais assume a guarda dos filhos menores e o outro conserva o direito de visita ou, ainda, a guarda compartilhada.

Tais comportamentos tornaram-se tão frequentes que mereceram a proteção do Estado como entidade familiar. Por força da CF, em seu artigo 227, § 6º, também foram incluídos nessa categoria a mãe ou o pai que vive sozinho com seu filho adotivo (“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 artigo 1.596 do CC em vigor reproduziu o texto constitucional (“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”). O CC, instituído em 2002, ecoou no seu livro IV, intitulado “Do Direito de Família”, todas as disposições outrora dispostas na CF.

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo. Excluiu, assim, qualquer significado do artigo 1.723 do CC que impeça o reconhecimento da união das pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Reza o citado artigo: “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”. Dessa maneira, conferiu interpretação a esse dispositivo à luz da CF, em seu artigo 3º, inciso IV, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça ou cor. O relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, resume: “A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo”. E acrescenta: “Não existe família de segunda classe ou família mais ou menos” (2011, p. 24 e 29).

4 ADOÇÃO E PATERNIDADE HOMOPARENTAL

Para tratar do tema da adoção por casais homossexuais, faz-se necessário também tratar da questão da paternidade. Cabe lembrar que existem três tipos de paternidade: a biológica, que se refere à genética, a qual liga os filhos aos genitores; a socioafetiva, que é a calcada na convivência, fundada nos laços de afetividade e amor; e a jurídica, que é a que a lei atribui e onde se insere a adoção.

A paternidade biológica pode ser compreendida como aquela que tem origem na consanguinidade, estabelecendo-se a filiação pelos laços de sangue entre os pais e os filhos. Segundo palavras de Maria Berenice Dias, trata-se de “uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas” (2009, p. 330).

A paternidade socioafetiva é a resultante da convivência familiar e da afetividade, visa ao estabelecimento da relação de paternidade com base no binômio cerne convivência-afetividade, que não a relação genética. Prima pelo princípio do melhor interesse do menor.

Acerca desse princípio, ensina Guilherme Calmon Nogueira Gama:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito (2008, p. 80).

Existe ainda, nessa seara, o fenômeno social da adoção à brasileira, que é a efetuação do registro de filho alheio em nome próprio, conduta esta tipificada penalmente, no art. 242 do Código Penal: "registrar como seu filho de outrem; [...] Pena - reclusão, de 2 a 6 anos. Parágrafo Único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de 1 a 2 anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena". Trata-se de uma espécie de adoção, ainda que contrária a qualquer definição legal sobre o tema.

Maria Helena Diniz define a adoção clássica como “ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, 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” (2009, p. 520). Já Caio Mário da Silva Pereira leciona que a adoção é o "parentesco meramente civil, entre adotante e filho adotivo, sem se expandir a outros membros da família, salvo para efeitos de impedimentos matrimoniais" (2006, p.172).

A validade da “adoção à brasileira” ocorre com base na socioafetividade construída ao longo do tempo entre a família e a criança, ou seja, na posse do estado de filho. Para Bernardo Ramos Boeira, “a posse do estado de filho revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva” (1999, p. 54).

Apesar da tipificação penal, a adoção à brasileira é socialmente aceita e irretratável como pontua Maria Berenice Dias:

Em muitos casos, rompido o vínculo afetivo dos genitores e findo o convívio com o filho, em face da obrigatoriedade de arcar com alimentos, o pai busca a desconstituição do registro por meio de ação anulatória ou negatória de paternidade. A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato levado a efeito de modo espontâneo, por meio da expressa “adoção à brasileira”, passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Não tendo havido vício de vontade, não cabe a anulação.

A lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.604). Ainda que dito dispositivo legal excepcione a possibilidade de anulação por erro ou falsidade, não se poder aceitar a alegação de falsidade do registro levada a efeito pelo autor do delito. Assim, o registro de filho alheio como próprio, em havendo o conhecimento da verdadeira filiação, impede posterior anulação. O registro não revela nada mais do que aquilo que foi declarado - por conseguinte, correspondente à realidade do fato jurídico. Descabido falar em falsidade (2009, p. 444).

A paternidade jurídica ou registral é a principal geradora de deveres e obrigações de imediato. Essa paternidade é provada (constituída) por documento hábil, a certidão oficial de registro de nascimento, advindo dessa a verdade legal. Estabelecida no CC em seu art. 1.603 (“A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”), pode ser manifestada de forma voluntária ou por via judicial (resultado de uma ação de investigação de paternidade/exame de DNA). A certidão de nascimento tem presunção de veracidade e publicidade, da qual são dotados todos os documentos públicos oficiais. Do ato registral decorrerá uma gama de efeitos de ordem patrimonial e sucederão vários desdobramentos de ordem jurídica implicando direitos e deveres entre pais e filho, não importando a consanguinidade.

5 POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS

A não aceitação da possibilidade da adoção por homossexuais ofende a CF, principalmente no tocante ao princípio da dignidade – que é um princípio de inclusão, e não de exclusão -, e a própria constituição do ser humano priorizando a família como forma de realização pessoal, e de felicidade do indivíduo. Paulo Luiz Netto Lobo afirma o seguinte: "consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada" (2002, p. 43).

Ainda, diante disso, se uma criança ou adolescente tem mais de um pai, ou mãe, poderia ter mais de um sobrenome, uma herança, uma relação de parentesco, auferindo e arcando com todos os direitos e deveres advindos desse parentesco. Muitas vezes, a situação

fática já é existente, só faltando a proteção estatal que se mostra ausente. Acerca dessa inércia do legislador, reforça Marco Túlio M. Garcia que

o legislador intimida-se na hora de assegurar direitos a minorias alvo de exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais. Tudo isso faz crescer a responsabilidade do juiz. Preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais. (2003, p.33).

Para Belmiro Welter, em sua obra intitulada “Teoria Tridimensional do Direito de Família”, uma pessoa pode ter até três pais ou três mães: biológico, determinado pela ancestralidade; afetivo, determinado pela convivência, e ontológico, aquele que serve de modelo e referência para a vida. Ele propõe, nessa análise, uma desconstrução de qualquer modelo engessado de família.

Outra roupagem da família moderna é o das famílias reconstituídas, chamadas também de rearranjadas, com seus cônjuges trazendo de relacionamentos anteriores seus filhos, emanando dessas novas relações realidades e necessidades jurídicas ainda não enfrentadas pelo Direito pátrio. Questões alimentares, de Direito sucessório, atribuição de nome, de visita e guarda em face dos padrastos e madrastas, os novos vínculos de parentesco, entre outras, fazem-se presentes aqui. O CC só reconhece para efeito de impedimento matrimonial a relação padrasto, madrasta e enteados, que passam a ser parentes por afinidade sem dissolução em tempo algum. E as novas relações afetivas que surgem desses convívios, os novos vínculos? E, ainda, quando o segundo relacionamento é homoafetivo, trazendo para a relação filhos de um casamento heterossexual anterior? A situação fática posta é de um casal homoafetivo educando uma criança ou adolescente, o que mais uma vez prova que não há impedimento fático à adoção por casais homossexuais.

No ECA, os requisitos para a adoção são os seguintes: ter mais de 18 anos; ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado; adotar conjuntamente quando forem casados, viverem em união estável ou concubinato ou forem separados judicialmente, desde que o período de convivência com a criança tenha se iniciado antes da separação e desde que acordem sobre as visitas e guarda. O ECA ainda deixa claro que a adoção deve significar vantagens legítimas e proporcionar ao adotado ambiente familiar saudável em que possa desenvolver-se plenamente. Esses últimos requisitos são avaliados por psicólogos e assistentes sociais. Dessa forma, o ECA não veda a adoção homossexual.

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 me 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" ? [...] concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?" (ROLIM, 2002).

Roger Raupp Rios aduz que

não há como justificar vedação, em princípio, da adoção de crianças por homossexuais. Isto porque, enquanto modalidade de orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma "regra geral" impeditiva da adoção. Nesse momento, gize-se que a ausência de fundamentação racional não pode ser substituída, numa sociedade democrática e plural, pelo subjetivismo de quem quer que seja, juiz, assistente social, médico ou psicólogo, dentre outros. Isto seria destruir a democracia, anular as diferenças individuais e instituir o arbítrio de uns (mesmo que eventualmente majoritários) em face dos demais. (RIOS, 2001).

Diante de todas essas novas roupagens familiares, qual o empecilho jurídico, ou social da aceitação da adoção por casais homossexuais, tendo estes o mesmo tratamento jurídico de casais heterossexuais? A negativa certamente consistiria na não efetivação de princípios basilares do Direito pátrio, como o princípio da igualdade e o da não-discriminação por orientação sexual.

Nessa linha enfatiza Edenilza Gobbo:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula a adoção de menores, não faz restrição nenhuma, seja quanto a sexualidade dos candidatos, seja quanto a necessidade de uma família constituída pelo casamento como requisitos para a adoção... É evidente que a adoção por homossexuais é possível e também justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor, e esses atributos são inerentes a qualquer ser humano, seja ele hétero ou homossexual. (2000, p. 54-55).

Entendemos ser plenamente possível e necessário o reconhecimento jurisdicional dessa "nova" roupagem da adoção e, quando presente, que ele garanta todos os reflexos jurídicos pertinentes ao instituto da paternidade. Isso se dá por meio da adequada leitura dos princípios jurídicos, especialmente os da dignidade e do melhor interesse do menor, à luz da sociedade e da família contemporânea.

Em julho de 2004, a *American Psychological Association* (APA), depois de larga pesquisa em todo território estadunidense, posicionou-se publicamente a favor do exercício da parentalidade por casais homoafetivos:

não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento “psicológico das crianças”. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e “não demonstrou comportamentos egodestrutivos prejudiciais à comunidade”. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, egoconfiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais” (PATTERSON, 2004).

Comenta Paulo Luiz Netto Lôbo sobre essas novas famílias:

desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a sua função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida (2003, p.209).

Devemos tirar a venda dos olhos da justiça a fim de caminharmos para uma valorização do mundo da vida, deixando um pouco à margem as ficções e tradições jurídicas e algumas verdades tidas como absolutas. O questionamento sobre as leis postas é essencial à democracia e à função da lei, que é a de emanar justiça. Novas configurações se formam e se formarão ao longo do tempo, e ao Direito cabe proteger e tutelar suas existências e suas relações na sociedade em que se inserem.

Emprestamo-nos das palavras do desembargador Rui Portanova, TJ-RS, na apelação cível 70004129185, em julgado de 23 de maio de 2002, que bem resume o momento do Direito de Família:

Não se pode perder de vista que direito é fato, valor e norma. Principalmente no direito de família, a lei não contém todo o direito, nem compreende toda a dimensão normativa do direito. Para além da lei, na dimensão normativa, temos também o costume e os princípios gerais do direito, por exemplo. Uma decisão, para ser jurídica, jamais pode deixar ao desabrigo a investigação da dimensão fática e axiológica, indispensável e essencial para uma visão completa do que seja direito.

Diante de tudo o que foi exposto, afirmamos que não há empecilhos jurídicos, ou psicológicos, como demonstram os estudos já citados pela APA, para que o Direito não abarque a adoção homoparental como fato jurídico e social. Além disso, tal diferenciação em relação à adoção heteroparental está tolhendo de um cidadão direitos fundamentais e o discriminando quanto à sua sexualidade e ainda afastando a possibilidade de crianças que necessitam de um lar de o tê-lo.

Entendemos ser plenamente possível a adoção por casais homossexuais, da mesma forma que é feita por casais heterossexuais, gerando todos os direitos e obrigações advindos dessa paternidade, assento no Registro Civil, direitos sucessórios, hereditários, bem como à

prestação de alimentos, como reza o artigo 1.696 do CC (“o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma constitucional, que se encontra acima de qualquer legislação, alberga entidades familiares não expressamente previstas e os princípios reconhecem essas entidades familiares. Assim, não somente o casamento tradicional determina o relacionamento, mas também o afeto entre seus componentes. A legislação brasileira ainda é omissa no que tange à adoção por homossexuais. No entanto, verifica-se que a Lei da Adoção e o ECA não trazem empecilhos a esse feito.

Ressaltamos que é importante que a legislação acompanhe as mudanças sociais, uma vez que, já provada a inexistência de empecilhos jurídicos ou qualquer outro de natureza psíquica que prejudique a criança adotada por parceiros homoafetivos. Logo, o Estado deve reconhecer o direito dos homossexuais constituírem família com a devida proteção estatal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **ADI nº 4277** (2011). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em 02/09/2013.

_____. **ADPF nº 132 /RJ** (2011). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02/09/2013.

_____. Código Civil (1916). **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> Acesso em 02/09/2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02/09/2013.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 02/09/2013.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 24. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União Estável e concubinato no Novo Código Civil. **Revista brasileira de Direito de Família**, São Paulo, SP, a. 5, n. 20, out.- nov. 2003.

GOBBO, Edenilza. In **A adoção por casais homossexuais.** Revista Consulex, n. 47, São Paulo: 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **CENSO 2010.** Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados>>. Acesso em: 05/08/2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias** – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerus clausus. **Revista brasileira de direito de família.** São Paulo, SP, n. 12, jan- fev-mar/2002.

_____. **Direito Civil: Atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PATTERSON, Charlotte J.. *Lesbian and gay parenting.* Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>> . Acesso em: 06/10/2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Argumento analógico em matéria penal*, artigo publicado pela Revista de Ciências Jurídicas. Maringá. Publicação oficial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, nº 1, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 10 junho 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROLIM, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>>. Acesso em 19/07/2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.