

ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Ivana Gonçalves Paraviso¹

RESUMO: Este artigo, tendo em vista a evolução havida nas relações sociais, busca evidenciar a possibilidade de realizar o sonho dos homossexuais de constituir uma família através da adoção, pois ainda que os homossexuais sejam alvos de desprezo social, os tribunais já lhes reconhecem alguns direitos a partir da convivência em comum.

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira não admite que dois homens ou duas mulheres, homossexuais ou não, possam adotar conjuntamente. Sendo admitida a adoção isolada por um solteiro, um divorciado ou um viúvo, não existindo qualquer restrição quanto à preferência sexual do adotando.

Relativamente à adoção, a lei não faz referência à preferência sexual do pretendente. Na normativa vigente não há qualquer impedimento expresso em relação à adoção por homossexuais, embora se saiba que, na prática, a discriminação existe.

O que se deve pesquisar é a capacidade para a adoção, o que nada tem a ver com a sexualidade do adotando. Nos termos da Lei, podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil; fixado o direito para os maiores de 18 anos, conforme o Código Civil vigente. Exige-se a prova da estabilidade familiar, cujos requisitos devem ser atendidos por qualquer

¹ Aluna do Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Fundação Aprender – Varginha, em convênio com o Centro Universitário Newton Paiva.

pretendente à adoção são: firmeza, segurança emocional, maturação, equilíbrio e ajustamento.

Buscando-se a efetiva proteção dos interesses das famílias informalmente organizadas, faz-se necessário considerar a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da família originada a partir de relacionamentos homo-afetivos, sob pena de se continuar infringindo o princípio constitucional da igualdade, que impõe o dever de tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Essa discussão interessa ao Direito, pois das relações de afeto podem advir direitos patrimoniais. Busca-se, assim, evidenciar a necessidade de reconhecer aos parceiros homossexuais, entre outros, o direito à adoção.

1. A FAMÍLIA HOJE

O constituinte, sintonizado com a alteração da composição familiar, fenômeno que vem se operando mais acentuadamente desde a segunda metade deste século, alargou o raio de abrangência do conceito de família, não mais considerando o casamento como seu pressuposto básico.

Com relação à convivência entre pais e filhos, nem sempre é possível a manutenção do menor em sua família de origem, embora esta deva ser a regra, pois toda a criança ou adolescente tem direito a ser educado no seio de sua família e, somente em hipóteses excepcionais, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (artigo 227, caput, da CF e artigo 19, do ECA).

Deparamo-nos, hoje, com uma nova concepção de família, decorrente das mudanças sociais, que acabam por criar a necessidade de uma proteção maior pelo Estado, merecendo também a atenção da doutrina.

Durante a evolução, as funções básica da família, quais sejam a procriação e o papel econômico, cederam lugar a novos atributos: comunhão de interesses e de vida, em que os laços de afeto marcam a estabilidade da família.

É primordial, para uma efetiva proteção da família, que a legislação acompanhe as mudanças sociais. O reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro já foi um grande passo nesse sentido, mas ainda há muito que se discutir e atualizar.

2. CÉLULAS FAMILIARES HOMO-AFETIVAS

A sociedade tem feito uma reavaliação dos padrões estabelecidos para conceituação da família. Tem-se exigido, inclusive, através de legislação específica que inclua direitos sucessórios e possibilidade de adoção, a regulamentação das situações relativas às famílias homossexuais.

No âmbito da ordem jurídica, ainda, só se reconhece como entidade familiar a união formada por pessoas de sexos diferentes, mas no cotidiano, as famílias homo-afetivas têm-se proliferado. A convivência homossexual é uma realidade merecedora de se ser reconhecida, pelo Estado, como entidade familiar.

Não se pode afirmar se a orientação sexual é baseada em fatores biológicos ou psicológicos, mas, inquestionavelmente, é uma característica pessoal que se insere na auréola da privacidade do cidadão e deve ser cercada de todas as garantias constitucionais.

Como sabiamente enfoca Edenilza Gobbo,

A partir dos anos 90, especialmente pela luta dos movimentos sociais, as unidades familiares apresentam as mais variadas formas possíveis. Muito comuns são as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus filhos – biológicos ou adotivos. Proliferam, de igual sorte, as famílias formadas por homossexuais, homens ou mulheres, as famílias formadas por irmão, por avós e netos, tios e sobrinhos, primos...²

² GOBBO, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas em matrimônio. Tese de Doutorado da UFS, 2001. In: www.jus1.com.br

A existência de um casal heterossexual com capacidade reprodutiva não é mais exigida para a configuração de uma entidade familiar, pois dessas características não dispõe a família monoparental, logo não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.

O Projeto de Lei da ex-Deputada Marta Suplicy, causador de tantas discussões nos segmentos mais conservadores da sociedade brasileira, buscou dar à questão os contornos jurídicos necessários. Após as modificações apresentadas, o que se percebeu é que o projeto pouco avançou no sentido de reconhecer a união homossexual como entidade familiar.

Ao Judiciário, ante as controvérsias que se lhe apresentem sob forma de demanda, cumpre integrar o Direito à realidade social, pois o ordenamento jurídico apresenta lacunas evidenciadas pelo descompasso entre a atividade legislativa e as transformações sofridas pela sociedade. Os fatos da vida se antecipam ao direito e o Poder Judiciário não pode se negar a solucioná-los, em razão disso, atualmente, vários tribunais têm firmado jurisprudência no sentido de conferir aos parceiros homossexuais direitos patrimoniais e previdenciários, encarando a convivência homossexual como sociedade de fato.

É imprescindível que se reconheçam direitos sucessórios aos parceiros que, independente da orientação sexual, contribuíram para a formação do patrimônio comum.

3. A ADOÇÃO CONFORME O NOVO CÓDIGO CIVIL

O instituto da adoção vem tratado nos artigos 1.618 a 1.629 do Código Civil de 2002. É a ficção jurídica que dá gênese ao parentesco civil, passando alguém a aceitar como filho alguém que originariamente não ostenta tal qualidade. Trata-se a adoção como ato jurídico bilateral, constituído em benefício essencialmente do adotando, irreatável e perpétuo depois de consumado, que cria laços de paternidade e filiação, com todos os direitos e

obrigações daí decorrentes, entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente.

Qualquer pessoa pode adotar, isoladamente (em regra, não se admite haja mais de uma adoção sobre a mesma pessoa, ou mais de um adotante sobre o mesmo adotado), sendo admitida a adoção conjunta quando trata-se de cônjuges ou companheiros, bastando que pelo menos um seja maior de 18 anos e haja diferença de 16 anos em relação ao adotado.

Qualquer pessoa pode ser adotada, exigindo-se previamente o consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. A lei dispensa o consentimento em relação à criança ou ao adolescente, quando forem os seus pais desconhecidos, desaparecidos ou tenham eles sido destituídos do poder familiar sem que haja nomeação de tutor.

A adoção atribuirá a situação de filho como se naturalmente o fosse, desligando-se o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento, que se preservam por razões genéticas e biológicas. O parentesco não é apenas entre adotante e adotado, mas também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

4. ADOÇÃO NAS CÉLULAS FAMILIARES HOMO-AFETIVAS

Uma das mais polêmicas questões colocada em torno das relações homossexuais é a possibilidade da adoção conjunta pelos parceiros.

Exceto na Holanda, mesmo nos países em que se consagram iguais direitos às relações homo e heterossexuais, não há qualquer permissivo legal acerca do tema. "Como o legislador brasileiro se nega a emprestar juridicidade às relações homo-afetivas, nenhuma previsão legal há autorizando ou vedando a adoção".³

³ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual – Preconceito e Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 109.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê qualquer restrição quanto à capacidade adotiva dos homossexuais. Em verdade, o Estatuto sequer faz menção à orientação sexual do adotante. O artigo 42 limita-se a prescrever que podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil.

Deve prevalecer o princípio contido no artigo 43 do ECA, que prevê que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. A real preocupação deverá ser sempre o bem-estar do menor, logo, se os parceiros vivem em uma verdadeira união estável, havendo a existência de um lar respeitável e duradouro, cumprindo aqueles os deveres assemelhados aos dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade e a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de afetos, vidas e interesses, haverá, também, legítimo interesse na adoção, não se podendo ignorar a existência de reais vantagens para o menor.

Deve-se, também, considerar que, embora garantido o direito individual de guarda, tutela e adoção independente da orientação sexual do adotante, a restrição à adoção por ambos os parceiros de relacionamento homossexual pode vir a gerar situações injustas, posto que, sendo a adoção feita por somente um dos parceiros, eventuais direitos do adotado, quer de alimentos, quer sucessórios, só poderão ser buscados em relação ao adotante, fato que, com certeza, acarretará injustificável prejuízo por não gerar direitos em relação àquele que o adotado tem como pai ou mãe e não é o adotante legal.

Os argumentos utilizados como fundamentos para o indeferimento da adoção por casais homossexuais são de todo refutáveis. É enorme a resistência em face da crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais e, por conseqüência, a possibilidade de ocorrerem seqüelas de ordem psicológica. Entretanto, importa ressaltar a pesquisa que vem sendo realizada desde a década de 70, na Califórnia, em que estudos feitos em famílias compostas por lésbicas e gays concluíram que crianças com pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto crianças com pais dos dois sexos. Não há, segundo esta pesquisa, nada de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças, portanto, não há como se

ter por legítima a objeção à possibilidade de adoção por casais homossexuais fundamentada neste temor que não corresponde à realidade dos fatos.

Outro problema encontrado por aqueles que se opõe à adoção por células familiares homo-afetivas é a impossibilidade biológica de descender-se de dois homens ou duas mulheres, o que geraria transtornos aos adotantes e ao adotado em relação a aposição dos nomes dos pais no registro civil do adotado. Tal argumento também não é impedimento à adoção, pois a ficção legal prevista pelo legislador que permite que se traga para o seio da família alguém completamente desconhecido para se criar na qualidade de filho, sendo-lhe conferidos todos os direitos inerentes aos filhos naturais, também pode tornar viável a possibilidade de aposição no registro civil de dois pais ou duas mães, se da adoção resultar efetivo benefício para o adotando, quebrando-se, via de conseqüência, mais um obstáculo e mais um preconceito.

CONCLUSÃO

As novas realidades sociais antecipam-se à atividade legiferante, fazendo com que debates sejam travados com o objetivo de harmonizar o novo e o velho, o conservador e o avançado, servindo de suporte para a solidificação desses "novos direitos" em busca do bem-estar geral.

Tudo o que é inovador assusta, confunde e põe medo, mas acaba por estabelecer-se. Assim será o direito dos homossexuais de buscarem o reconhecimento do direito de constituírem família, de verem seus anseios protegidos pelo Estado e pela sociedade, pois ao lado da vida, a convivência familiar constitui-se num dos mais valiosos bens que podem ser conquistados durante a existência humana.

A adoção por pessoas homossexuais, independentemente de seu estado civil, não é proibida em nosso ordenamento jurídico, como já foi tratado, acontece que ao privar uma criança de ser adotada pelo casal homossexual, seus direitos sucessórios e previdenciários estarão garantidos somente em relação ao adotante legal, sendo a criança a única prejudicada.

Não se pode negar que muitas células familiares formadas por parceiros homossexuais são verdadeiras entidades familiares, marcadas pela convivência contínua, duradoura, pública e respeitável, sendo preconceituosa e descabida a idéia de que o ambiente familiar saudável depende da orientação sexual dos conviventes.

Assim é que, embora de forma tímida e sem nenhuma previsão legal, a jurisprudência vem despontando no sentido de garantir os direitos inerentes aos participantes de relacionamento afetivos homossexuais, aproximando, assim, o Poder Judiciário da efetiva aplicação do ideal de Justiça e suprimindo a lacuna existente na legislação brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Fernanda de Almeida. *União Afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

BRUNET, Karina Schuch. *União Homossexual*. Júris Síntese Millenium n.º 33. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001.

CARVALHO, Selma Drummond. *Casais Homossexuais: Questões Polêmicas em Matérias Cíveis, Previdenciárias e Constitucionais*. Revista Jurídica Consulex, ano IV, n.º 47, 30.11.2000.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – Aspectos Sociais e Jurídicos*. In Revista Brasileira de Direito de Família, n.º 4, Jan/Fev/Mar/2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Vol.5, 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOBBO, Edenilza. *A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas em matrimônio*. Tese de Doutorado da UFS, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.