

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Antônio Sérgio Penha de Carvalho¹
Danusa Balthazar de Andrade²

RESUMO

O objetivo desse estudo foi de analisar a possibilidade de permissão da adoção por casais de mesmo sexo, segundo normas vigentes. Verificando-se as dificuldades enfrentadas nessa modalidade de adoção no âmbito jurídico e trazendo os avanços que vieram ocorrendo a longo dos anos na preservação de direitos ditos fundamentais as crianças e adolescentes, e do reconhecimento pelo Estado dos casais homoafetivos como entidade familiar. Adotar é um ato de amor e comprometimento para com o próximo. Trata-se unicamente de amor, traduzindo o princípio da dignidade da pessoa humana e no melhor interesse da criança. Assegurar e proteger esse direito é dever e obrigação do Estado. Este artigo visou trazer discussão ao assunto, analisando o caminho percorrido por esses casais para poder adotar uma criança, dando lar, amor e os seus direitos reservados como filhos de casais homossexuais. A legislação está em constante transformação para melhor atender seus indivíduos, dessa forma se adaptando as mudanças que ocorrem na sociedade, e umas dessas mudanças é o reconhecimento da adoção homoafetiva, onde o direito das crianças em ter um lar e uma família deve de fato prevalecer. Utilizando para isso preceitos constitucionais. A técnica de pesquisa utilizada no presente artigo, foi a bibliográfica, como principal fonte, sendo elas: doutrinas acerca da temática e outras áreas que se correlacionam com o tema, e em segundo plano, pesquisas realizadas em livros, revistas jurídicas, jurisprudências e legislação apropriada.

Palavras-chave: Adoção, Casais Homoafetivos, Entidade Familiar

1. INTRODUÇÃO

Vemos ao mundo com um tempo pré-determinado de vida, mesmo assim nossa maior e mais complexa função social, é perpetuar nossa espécie. Contudo, essa vontade de perpetuar a espécie, ou seja, de ter um filho, é própria de cada indivíduo. Entretanto, o que na maioria das vezes se quer mesmo, é dar amor para quem precisa e não o têm. Não há a necessidade desse filho necessariamente advir de nossa matéria genética, pois o desejo de construir uma família é ampliado pela

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno (a) da disciplina TCC II, turma DIR 13/1CN. E-mail – sergio_levine@hotmail.com.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre, Orientador (a). E-mail – ddanusa@hotmail.com

forma de ver e viver no mundo de cada um, e alguns de nós ao longo da vida, encontra certos obstáculos nessa construção.

A chamada orientação sexual tida como “normal” pela maior parte de nossa sociedade, difere da que alguns de nós de fato vivencia, e isso acaba se tornando uma pequena barreira a ser superada para que efetivamente, todos possam construir a sua desejada e amada família. Realizar essa vontade de ser pai e mãe, sem que precisamente tenha-se como base e pilar dessa família, um homem e uma mulher.

Com isso, o direito de família que conhecemos vêm passando por inúmeras transformações, transformações essas que buscam conservar o direito de seus indivíduos como um todo, possibilitando o que até tempos atrás era visto como fato impossível, ou seja, a permissão da adoção por casais de mesmo sexo.

Independente, de cor, raça, religião ou mesmo orientação sexual, segundo nossa Constituição Federal, em seu artigo 5^a. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)”, esse direito já estaria resguardado.

Partindo dessa premissa do art. 5^o acima exposto, no momento em que a entidade familiar ganha uma nova possibilidade, a adoção por casais homoafetivos, se torna uma realidade, que protege não só o direito dos respectivos casais, mas visa também garantir às crianças desprotegidas e desamparadas, o que seus pais biológicos não puderam ou não conseguiram fazer por elas. Dar proteção, amor, carinho, afeto, respeito, educação e um lar para chamar de seu, deve ser a prioridade a ser garantido pela sociedade e por todos que nela vivem, o que de fato pode sim, ser assegurado por um casal homoafetivo.

Diante desse panorama, o objetivo geral desse estudo é analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, segundo normas vigentes. Verificar as barreiras existentes nessa modalidade de adoção em meio ao poder judiciário e singelamente tentar traçar um novo panorama para a adoção por pares homoafetivos. Trata-se unicamente de amor, traduzindo o princípio da dignidade da pessoa humana e no melhor interesse da criança.

2. DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Ao longo dos anos a homossexualidade sofreu inúmeras tentativas de ser conceituada e entendida. Em determinado momento, chegou a ser considerada,

como distúrbio mental pela OMS – Organização Mundial de Saúde, o que não vigorou, pois, a mesma organização esclareceu não haver base argumentativa que sustentasse de fato como doença o homossexualismo, portanto sendo desconsiderada essa nova tentativa de conceituar a homossexualidade.

Cada indivíduo tem valor em sua singularidade perante a sociedade, portanto, possui um papel social fundamental na construção desta sociedade, que deve para tanto, garantir o direito de ser feliz de cada um, independente, de cor, credo, raça ou orientação sexual.

De fato, o que se vê, é que a sociedade não pode privilegiar uns e esquecer de outros, para isso, o ordenamento jurídico brasileiro teve mudanças significativas e passou a reconhecer de forma legal a união de pessoas do mesmo sexo, tanto a união estável, como o casamento civil, passaram a ser possível para esses casais, que necessitavam do mesmo reconhecimento legal que os casais heterossexuais tinham perante a lei.

A nossa Constituição federal de 1988, jamais possuiu em seu texto de forma expressa a proibição a este reconhecimento legal, o que fez derivar uma série de discussões e posicionamentos de doutrinadores e jurisprudenciais acerca do tema. Nosso próprio Código Civil Brasileiro, nunca supriu a necessidade de regular essas uniões. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no intuito de dar novo sentido a essa nova realidade, quando da Apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.277/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto, consagrou interpretação favorável aos homossexuais:

Ementa: 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétreia. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a

respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas, apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a

evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)” (BRASIL; STF, acesso em 05 de Outubro de 2017).

Está decisão do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, passou a reconhecer a união estável entre casais homoafetivos como sendo uma entidade familiar. Vale ressaltar que está mesma decisão oportunizou que milhares de pessoas fossem efetivamente reconhecidas como membros de uma sociedade e muito mais, como seres que estão aptos a constituírem família como qualquer outro casal.

3. DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

A expressão adoção é derivada da palavra em latim “adoptio”, que denota em português, tornar uma pessoa seu filho (MACIEL, 2011, p. 259). Já nosso ordenamento jurídico, traz definições distintas para ela.

Para Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 273), a adoção é:

Uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas da manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil, ou de sentença judicial, no atual sistema. A lei 12.010/2009, Lei de Adoção, introduziu modificações na sistemática da adoção, adaptando o

Estatuto da Criança e do Adolescente de derogando o Código Civil na parte referente ao tema.

Na literatura encontra-se várias definições para este instituto, como o conceito também elaborado por Pereira (2014, p. 392) como sendo este “o ato pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independente de existir entre elas, qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

Ou seja, nota-se que em ambos os conceitos, o que de fato importa é aceitar o outro como parte legal de sua família, independente de vínculos anteriores, importando a partir do ato constituído, o que de fato deriva deste, que de agora em diante, é a responsabilidade e o compromisso um para com o outro.

A relação que surge, é a agora chamada filiação socioafetiva, fundamentada de fato, não no material biológico, mas sim no material sociológico estabelecido entre o agora pai e filho.

Não há como falar em adoção, sem que se remeta a sua natureza voluntária e afetiva, embasada no amor e como consequência a criação de parentesco que dela deriva. Acerca desta natureza, argumenta Dias (2011, p.484), que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”. Assim, portanto, não devemos nos prender ao de onde veio, e sim ao compromisso que é estabelecido do ato em diante.

Deve-se dar importância a divergência que há em meio a alguns autores acerca do tema, no que concerne a natureza jurídica do instituto da Adoção e de seus diferentes papéis estabelecidos antes e depois da elaboração de nossa Constituição.

Em relação à essa natureza jurídica, Gonçalves (2010, p. 363) argumenta que:

No sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do Instituto da Adoção. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador.

Evidencia-se aqui a natureza contratual do instituto da adoção, visto que o mesmo se sujeitava apenas a vontade das partes envolvidas, não existindo a Intervenção do Estado, apenas o que se define hoje como Direito Privado. O que

prevalece nos dias atuais, é apenas à vontade, pois os indivíduos já não possuem ampla autonomia para o ato em questão.

Transformações sociais e constitucionais fizeram com que a constitucionalização do Direito de Família, acarretasse mudança na origem jurídica desse instituto, conforme Gonçalves (2010, p. 363):

A partir da Constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1619 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei nº 12.010/2009. O art. 227, § 5º, da Carta Magna, ao determinar que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, demonstra que a matéria refoge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, e de ordem pública.

Diferentemente do estabelecido no Código Civil de 1916, a adoção passa a sujeitar-se, ao poder do Estado, que agora é responsável por permitir ou não a Adoção, através de suas decisões judiciais.

O Estado que já era responsável pela criança/cidadão, passa a ter maior responsabilidade não só pelo adotado, mas também pela adoção em si que passou a ser uma questão social e até mesmo humanitária. O objetivo do Estado, passa então a ser dar uma família a quem precisa de fato de uma família.

Seguindo esses avanços, e advindo de uma construção social sem precedentes, resultando assim no que hoje é chamado de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069, de 13/07/1990). Lei está que nos dias atuais é considerada uma das leis que mais visa o respeito à integridade física e a proteção da infância no mundo, com consagração de Lei constitucional, prevista no art. 227 da CF/88.

O ECA, visa de fato, a proteção e a inserção da criança em uma família, e para isso, prevê em seu art. 43 que a adoção dever ser concedida, apenas quando representar vantagens reais e benéficas para o adotando. O Brasil, passa assim, a mediar suas adoções, conforme preceitos do ECA.

4. DA PERMISSÃO DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Matéria com ampla divergência, entretanto, doutrinadores vêm positivamente abordando o tema e esclarecendo ainda mais a adoção e as suas dificuldades.

Maria Berenice Dias argumenta em seu livro “Adoção Homoafetiva”:

A homoafetividade vem adquirindo transparência e aos poucos obtendo aceitação social. Cada vez mais gays e lésbicas estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar a par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homossexuais. (DIAS, 2009, pág. 02)

E ainda, segundo Jane Justina Maschio:

O grande argumento das pessoas que se opõem à adoção de crianças por homossexuais é de que especialistas ligados à área da psiquiatria e da psicanálise alertariam para o perigo da identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria, por lealdade afetiva, a se tornarem também homossexuais. Nada mais falso. Primeiro porque, mesmo sem grande conhecimento na área de psiquiatria e psicologia, o senso comum revela-nos que a criança, na formação de sua personalidade, identifica-se sim com seus pais, mas – registre-se, **com os papéis que eles representam: feminino e masculino**. A forma física (genital) em que tais papéis feminino e masculino se apresentam pouco importa para a criança. (MASCHIO, 2002, pág. 05)

Trazendo assim o problema à discussão, fica evidenciado as dificuldades e barreiras enfrentadas por casais homossexuais ao candidatarem-se a adoção. Essas barreiras não são apenas as encontradas em uma parcela da sociedade, partem também do preconceito e da discriminação que advém de alguns magistrados, psiquiatras, psicólogos e religiosos, por mais que já venha ficado comprovado que não há influência da sexualidade dos pais na criação de seus filhos.

A sociedade também é uma das grandes opositoras, boa parte dela acredita que família, só deve ser constituída por pais heterossexuais, e, esquece assim das famílias monoparentais, famílias entre avós e neto, pai e filho, mãe e filho, e é claro famílias que são constituídas por casais homoafetivos.

Maria Berenice Dias, preceitua que:

O direito a adoção por casais homoafetivos tem fundamento de ordem constitucional. Não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade a gays e lésbicas, transexuais e travestis, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. (DIAS, 2009, pág. 216)

A autora ainda salienta que:

A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade. Imperioso arrostar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação irregular, quando poderiam ter uma vida cercada de carinho e atenção. (DIAS, 2009, pág. 03)

Conforme Sérgio Laia:

A adoção de crianças por pessoas homossexuais ou nos casamentos homoafetivos não apresentaria diferenças com relação àquelas realizadas por casais heteroafetivos. Poderiam, então, serem utilizados os mesmos procedimentos e orientações que guiam qualquer processo de adoção: é importante garantir a estabilidade da criança a ser adotada, proporcionando-lhe não apenas uma “casa” ou a “sobrevivência pela satisfação de suas necessidades”, mas o que chamamos comumente de “um lar” e “uma vida”. No âmbito da Psicanálise, essas orientações e esses procedimentos sequer se diferenciariam daqueles que se espera da família em geral (LAIA, 2008, pág. 32).

Segundo Venosa (2010, pág. 1484) a adoção, detêm “duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento”.

E, portanto, sendo esta a finalidade, questiona-se porque seria um problema conceder esse instituto a casais homoafetivos que desejam e anseiam pela construção de sua própria família?! Não se pede para que alguém seja tratado de forma especial, mais favorecida ou de forma mais vantajosa, mas sim que seja preservado um direito que é amparado pela Constituição Federal de 1988.

Após o posicionamento do STF em 2011 sobre o reconhecimento da entidade familiar já abordada neste artigo, várias jurisprudências veem decidindo no mesmo sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA. DEMANDA DE ANULAÇÃO DE DOAÇÃO E RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA RECONHECIMENTO. Consoante precedente do STJ: "Segundo o art. 265, inciso IV, alínea a, do Código de Processo Civil, suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente. É o fenômeno da prejudicialidade externa, que consiste na relação de dependência entre duas causas pendentes, em que a solução de um caso, considerado

subordinante ou prioritário, pode interferir na solução de outro". Restando reconhecimento a prejudicialidade externa da ação de reconhecimento de união estável e a presente ação declaratória de nulidade de doação infere-se que a suspensão deste feito é medida que se impõe. (TJ-MG - AC: 10479140037546002 MG, Relator: Cabral da Silva, Data de Julgamento: 11/08/2015, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/08/2015)

Através desse primeiro passo que o STF deu, tivemos outras decisões favoráveis também ao reconhecimento da adoção por casais homoafetivos:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento (doc. 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3º, da Constituição da República, afirmando haver duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiosincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais (doc. 7). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. No

juízo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente aos rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 5 de março de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (STF - RE: 846102 PR - PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015).

Por fim, Coelho (2006, pág. 155) salienta que: “Enquanto o direito positivo brasileiro continuar ignorando as famílias fundadas por casais do mesmo sexo, cabe à jurisprudência a tarefa de não as deixar ao desamparo”.

Em que pese, as jurisprudências têm passado a reconhecer esse direito, embora, ainda encontramos certa dificuldade na aceitação e no reconhecimento pela sociedade em relação a essa modalidade de adoção realizada por pares homoafetivos. Porque a sociedade ainda acredita em estereótipos acerca desse tema. No que pode ou não interferir a orientação sexual dos pais.

Até porque a adoção não será concedida da noite para o dia, só porque trata-se de casais homoafetivos, não, ela precisamente seguirá as mesmas condições e critérios estabelecidos pelos art. 39 e 40 do ECA, deferindo-a, apenas quando essa apresentar vantagens reais para a criança, fundando-se em motivos legítimos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com este estudo, compreender melhor a adoção, seus aspectos práticos, suas previsões legais, como também em casos que se busca a permissão desta quando figuram como adotantes casais de mesmo sexo, ou seja pares homoafetivos.

Como já constatado pela Constituição Brasileira, existe vedação expressa acerca de qualquer desigualdade ou forma de preconceito, pois este dispositivo busca a construção de uma sociedade mais solidária, igualitária e justa, e o que se busca com esse estudo, é mostrar que existe de fato a possibilidade de permitir a adoção por pares homoafetivos, baseando-se nos ensinamentos de textos constitucionais.

A adoção, ramo do Direito de Família, foi o instituto que mais passou por alterações estruturais e funcionais nos últimos anos, notando-se isso através dos dispositivos que a regulamentaram anteriormente, comparados aos que hoje a regulamentam.

A Lei que regulamenta este instituto, trouxe inúmeros avanços no tratamento legal da adoção. Essa lei adveio com o intuito de dar nova roupagem e sentido amplo a adoção.

O ECA não regula expressamente a possibilidade de conceder a adoção à casais de mesmo sexo, porém não há vedação. Conceder ou não, essa nova

realidade a adoção, deve seguir os mesmos preceitos que os utilizados para a adoção por casais heterossexuais, sem distinção alguma, pois da mesma forma que um casal heterossexual pode estar apto ou não para o exercício de paternidade, os casais homoafetivos também podem ou não.

Portanto, de fato o que se buscou com este estudo, foi mostrar que o que realmente importa e deve ser levado em consideração é o bem-estar da criança, pois a possibilidade de ter seu direito constitucional a uma família deve ser preservado e respeitado, pois é dever do Estado Democrático de Direito. Não podendo privá-la dessa experiência, apenas por puro preconceito ou forma alienada de ser pensar.

Não se deve levar em conta, pensamentos individuais ideológicos, religiosos ou morais. Homossexualidade não é uma doença, é apenas a orientação sexual do indivíduo. E desde que esse indivíduo preencha todos os requisitos exigidos pelo ECA, com o devido acompanhamento especializado da equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca que se pretende obter a adoção, onde para isso deve ser constatado de forma expressa que haverá um ambiente familiar saudável, harmonioso e digno para que aquela criança possa se desenvolver de forma humana, deve-se conceder a adoção. O próprio ECA, em seu art. 46 prevê este estágio de convivência.

Não se deve deixar que a discriminação, o preconceito ou os valores pessoais e individuais impeçam que a função do Estado de solucionar e pacificar conflitos seja prestada trazendo justiça, sem generalização de classes. O importante é que o Estado preserve e conceda a proteção aos direitos e garantias, da criança, tanto quanto dos candidatos a paternidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Ministério da Educação, Assessoria de Comunicação Social, Brasília, 2005.

BRASIL. STF - **ADI: 4277 DF**, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acessado em: 05 de outubro de 2017.

BRASIL. STF - **RE: 846102 PR - PARANÁ**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>>. Acessado em: 18 de outubro de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Volume 5**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção Homoafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAIA, Sérgio. **A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica**. In: Cartilha Adoção: um direito de todos e todas, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2764/a-adocao-por-casais-homossexuais>>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

MINAS GERAIS. TJ-MG - **AC: 10479140037546002 MG**, Relator: Cabral da Silva, Data de Julgamento: 11/08/2015, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/08/2015. Disponível em: <<https://tj->

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/225534535/apelacao-civel-ac-10479140037546002-mg>. Acessado em: 18 de outubro de 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualização Tania Pereira da Silva. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.