POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Grace Vieira de Souza Lins*

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, apresentar em seu desenvolvimento o conceito de adoção, fomentar uma reflexão sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar. Serão ainda abordados alguns princípios constitucionais norteadores da possibilidade jurídica de adoção por casais homoafeitvos, como dignidade da pessoa humana, igualdade e melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios constitucionais. Direito de família. Adoção. União Homoafetiva.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a adoção por homoafetivos tem tido grande relevância por se tratar de um assunto de extensa peculiaridade, de uma delicadeza ímpar e de um expressivo valor para a sociedade contemporânea, enquanto priorização dos direitos das crianças e adolescentes.

Dito isto, é de suma importância a análise do tema, possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, pois, baseados na relação de afeto, estes tem o direito de constituir família e não podem ser excluídos, nem discriminados pela sociedade, merecendo assim proteção do Estado.

Ante a inexistência de regulamentação expressa na legislação brasileira sobre adoção por casais homoafetivos, surge o seguinte questionamento: existe possibilidade juridica de adoção por casais homoafetivos?

O presente trabalho de conclusão de curso terá por objetivo analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, um tema atual e polêmico que por não estar previsto em lei traz restrições à vida de algumas pessoas e é objeto de discussão pela sociedade e pelo direito.

* Graduada no curso de Educação Física na Universidade Federal de Sergipe - UFS/SE; Pós-graduada em Didática do Ensino Superior pela Faculdade São Luís de França/SE; Graduada no curso de Direito na Estácio FASE/SE; Servidora Pública no Tribunal de Justiça em Sergipe.

Sendo assim, o artigo aponta os aspectos sobre a entidade familiar, apresentando a sua diversidade na atual Constituição Federal Brasileira; trata sobre conceito jurídico de adoção; analisa as consequências do reconhecimento da união estável como entidade familiar; e por fim aborda princípios constitucionais norteadores da possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

A metodologia aplicada no presente artigo pauta-se em pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos e pesquisas que tratam da matéria, buscando, dessa forma, consubstanciar o mesmo, com a opinião de ilustres doutrinadores, assim como, em pesquisas jurisprudenciais, visando corroborar a tese da possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos.

2 CONCEITO JURÍDICO E SOCIAL DA ADOÇÃO

Durante muitos anos, prevaleceu de forma única no Brasil um modo de adoção baseado no Código Civil de 1916, que tinha como prerrogativa dar filhos aos casais que não os podia ter, sem se preocupar muito com os direitos dos menores adotados.

Neste Código, era nítido o caráter contratual do instituto, pois era negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das partes. O filho adotivo não quebrava o elo com sua família biológica, ou seja, o Código Civil de 1916 não integrava o adotado totalmente a sua nova família. (GONÇALVES, 2012).

A partir da Constituição Federal de 1988 (CF), o instituto da adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial (GONÇALVES, 2012).

Com a sua ampliação esculpida no artigo 227, §6°, da CF, fixou-se o dever de um tratamento igualitário, indistinto para com a prole, seja biológica ou socioafetiva. Este parágrafo diz que filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos ou qualificações (BRASIL, 2015).

Já o artigo 227, §5° da CF, determina que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, ou seja, é dever do Estado garantir as crianças e adolescentes uma criação condigna, que lhes garanta o desenvolvimento de todas as suas aptidões em um ambiente de amor,

confiança, respeito, valores que configurem uma vida digna, logo, o Estado deve garantir a elas o direito a serem adotadas, quando estas não dispuserem de família consanguínea (VECCHIATTI, 2012).

Dessa forma a CF, juntamente com o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) - Lei 8.069/90, trouxe significativos avanços aos direitos menoristas, buscando o melhor interesse da criança, devendo sempre atender aos fins sociais e ao bem comum por tratar-se de direitos e interesses daqueles que se encontram em fase de desenvolvimento, ou seja, crianças e adolescentes (BETTIO, 2012).

Podemos perceber esse avanço no artigo 41 do ECA "a adoçao atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais", bem como no artigo 43 do ECA, "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e findar-se me motivos legítimos" (BRASIL, 2015, p. 927).

Imperioso ressaltar que a adoção no Brasil foi reformulada pela nova Lei da Adoção (12.010/2009), que introduziu inúmeras alterações no ECA e revogou expressamente alguns artigos do Código Civil de 2002 (CC) relativos a adoção, com o intuito de buscar o melhor para o adotando, criando laços de filiação e paternidade, com direitos e obrigações dali decorrentes (BETTIO, 2012).

O que se percebe em matéria de adoção, é que está passou então a ser consolidada pelo Estatuto da Criança e Adolescente, com alterações dada pela Lei da Adoção, trazendo em seu artigo 39, § 1°o seguinte conceito, "adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa" (BRASIL, 2015, p.927).

Diante dos requisitos para se efetuar a adoção, baseado no art. 42 do ECA, é possível perceber a inexistência no ECA e na Lei da Adoção critério impeditivo de adoção por causa da orientação sexual do adotante.

Como se vê, a adoção é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

A adoção é modalidade de filiação constituída no amor, gerando

vínculo de parentesco por opção (DIAS, 2007).

Importa salientar que tal instituto é caracterizado por uma relação eminentemente de cunho afetivo, que faz com que o adotante passe a gostar de uma criança que não saiu do seu ventre, por tanto, o adotado, passa a ter status de filho independente de uma relação biológica.

Desse modo, a finalidade da adoção é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança que por algum motivo ficou privada da sua família biológica. É dar a ela uma família na qual se sinta segura e amada, independente da orientação sexual dos seus pais.

3 ENTIDADE FAMILIAR E SUAS DIVERSIDADES ATUAIS

3.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

A luz do Código Civil de 1916, o conceito jurídico de família era limitado ao casamento, reconhecendo tão somente as famílias originadas do matrimônio, onde era admitido o sacrifício da felicidade pessoal dos membros de tal entidade, em manutenção do vínculo matrimonial, por isso era proibido o divórcio (GOMES, 2014).

Com o advento da Costituição Cidadã (1988), foi dado um amplo conceito a família, abrangendo os diversos modos de formação familiar, sendo geradas pelo afeto. Nessa linha, a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada a tutela da dignidade da pessoa humana através de princípios gerais, sendo priorizada na doutrina e jurisprudência (GOMES, 2014).

O texto constitucional reconheceu expressamente, além da família tradicional, o princípio da pluralidade familiar. A família passou a receber proteção estatal, conforme preceitua o artigo 226 da CF de 1988 "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"; tal proteção não é somente para aquela originada através do casamento, mas também para as múltiplas possibilidades de arranjos familiares fundadas no afeto (RODRIGUES, 2009).

Afirmado o afeto como base fundamental do Direito de Família atual, vislumbra-se uma variação inevitável, apresentando-se sobre tantas e diversas formas, quantas sejam as possibilidades de se relacionar e expressar o amor (RODRIGUES, 2009).

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permitem

fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, e seu fundamento passou a repousar sobe o afeto, na busca da realização pessoal dos seus membros, valorizando a dignidade de cada um deles, concebendo uma igualdade substancial ao casal, aos filhos e a todos que integram este ambiente doméstico e familiar (GOMES, 2014).

Este instituto passou a ser tratado como meio pelo qual a satisfação dos seus membros é fundamental, mantendo seguro os laços afetivos entre os mesmos. Essa afetividade deve ser aplicada como princípio em todas as entidades familiares.

Assim, com a constitucionalização do Direito Civil, a família adquiriu um conceito que está de acordo com Estado Democrático de Direito, sendo baseado no afeto e solidariedade, se justificando pela liberdade e afetividade dos seus membros. Essa ligação baseada no afeto, amor e felicidade é de extrema importância para o indivíduo, seja quanto à sua dignidade, seja quanto à sua personalidade (RODRIGUES, 2009).

3.2 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

O Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar. Naquela ambientação, o casamento era a única forma de constituição da chamada família legítima, sendo ilegítima toda e qualquer outra forma de entidade familiar, ainda que marcada pelo afeto (RODRIGUES, 2009).

Hoje, o texto constitucional reconhece expressamente, além do casameto, a união estável como entidade familiar. Essa união decorre da convivência entre homem e mulher, com intuito de constituir família, despida das formalidades exigidas para o casamento (RODRIGUES, 2009).

Logo, para que exista a união estável é necessário que a relação afetiva seja pública, sendo preciso que os conviventes mantenham um comportamento notório, apresentando-se aos olhos de todos como se casados fossem, sendo reconhecidos como uma família perante a

sociedade.

Neste sentido, o intuito de constituir família é o requisito principal para caracterização da união estável, merecendo especial tutela estatal, pois a Constituição Federal confere status de entidade familiar à união estável já que existe ali a intenção de viver como se casado fosse (RODRIGUES, 2009).

Em relação a união estável homoafetiva, após anos de debates controvertidos na doutrina e jurisprudência, as mesmas, foram reconhecidas como entidade familiar pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADPF nº 132/DF e da ADI nº 4277/RJ, aplicando-se a ela, por analogia, todo o regramento legal destinado às uniões estáveis, de modo a suprir a lacuna da lei (GOMES, 2014).

No julgamento, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, julgada em maio de 2011, se faz relevante pontuar um trecho da ementa:

> 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 SOCIOCULTURAL 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. (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)

Com essa decisão, foi atribuída ao artigo 1.723 do CC/02 uma interpretação conforme a CF, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de uma união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar. Vejamos um tópico da ementa da ADI 4277, de maio de 2011, referente a esse assunto:

> 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).

Ademais, pacificando a controvérsia, em 16 de maio de 2013 o CNJ publicou a resolução nº 175 que obriga todos os cartórios a realizarem o casamento homoafetivo. Obriga também a conversão da união estável em casamento.

Interpretando a Constituição Federal, esta, não restringiu a família como decorrente da união amorosa formada por pessoas de sexo oposto e nem definiu o casamento civil como regra de família a ser seguida. Isso porque a CF não conceituou família, apenas fala que família é a base da sociedade, e também não proibiu as uniões homoafetivas (VECCHIATTI, 2012).

Atualmente, a afetividade é elemento essencial da família. Mesmo que não haja previsão legal para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, devem ser respeitados os princípios e garantias fundamentais da Constituição, um sistema aberto de princípios e regras que deve ser mantido vivo, conforme a evolução da realidade social, sendo vedado qualquer tipo de discriminação (RODRIGUES, 2009).

Nessa linha de raciocínio dispõe Vecchiatti (2012), que em decorrência da interpretação extensiva ou analogia, uma vez reconhecida a entidade familiar decorrente das uniões amorosas entre pessoas de sexo diversos, deve ela ser igualmente reconhecida naquelas uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, uma vez que o amor familiar existente nos dois casos é idêntico, visando a comunhão plena

de vida, em caráter estável, público, contínuo e duradouro, ou seja, visando a constituição de uma família.

O afeto passou a ter grande relevância e repercussão nas relações sociais familiares, na medida em que a sociedade e a legislação tem primado pela valorização do ser humano, tornando-se o vínculo familiar, algo além do vínculo meramente biológico.

É visivel a grande importância dada ao princípio da afetividade consagrado na CF/88, tendo em vista que foi por meio deste que se operaram as principais mudanças no âmbito do direito de família (DIAS, 2013).

A natureza afetiva do vínculo em nada a diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificada como união estável. Pois, preconceitos de ordem moral e a ausência de leis não podem levar à omissão do Estado, e nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto (DIAS, 2007).

Estas uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não-previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, fazem jus à tutela jurídica, já que se impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito das Famílias (DIAS, 2007).

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Por não existir uma lei que regulamente a adoção por casais homoafetivos, por mais que seja reconhecida entre eles a união estável como entidade familiar, se faz necessário pautar-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e melhor interesse da criança para justificar o direito do casal homoafetivo em adotar e o direito das crianças e adolescentes serem adotadas.

Muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana possua considerável relevância em relação aos demais, além dele, outros também se destacam, como sendo de louvável importância para a evidenciação da adoção por casais homoafetivos, como é o caso do princípio da igualdade e melhor interesse da criança. Estes princípios serão mais explorados a seguir.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade (DIAS, 2013).

A valorização da pessoa humana e a sua proteção acima de qualquer outro valor visa proteger o ser humano do próprio ser humano, com isso a visão patrimonialista ensejou a preocupação do Direito com os valores que efetivamente trazem a felicidade às pessoas. Isso deixa claro que o ordenamento jurídico brasileiro passou a dar mais importância ao amor, afinal reconheceu-se a união estável unicamente pelo amor (VECCHIATTI, 2012).

Não há como negar que o Direito Brasileiro alçou a dignidade da pessoa humana a valor máximo de seu ordenamento jurídico, colocando-a como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Não obstante a inexistência de regulamentação expressa das relações homoafetivas, tem-se como princípio geral do direito que aquilo que não é expressamente proibido é permitido. Como a lei não proíbe expressamente as uniões homoafetivas, tem-se que o não reconhecimeto dos efeitos jurídicos a estas, caracteriza uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (VECCHIATTI, 2012).

Em se aderindo à tese da proibição implícita da união estável a casais homoafetivos, estaria vedando a eles de maneira implícita os direitos e a dignidade conferidos às uniões heteroafetivas pela não extensão dos benefícios do direito de família (VECCHIATTI, 2012).

Diante disso, pode-se compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana está ligado diretamente à liberdade das pessoas em constituírem suas famílias. Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa o alicerce à liberdade de escolha, inclui-se, neste contexto, o direito subjetivo da liberdade de orientação sexual, na concepção dos novos moldes familiares.

A formação da união homo ou heteroafetivas são fundamentadas no mesmo elemento, ou seja, o amor. Ambas são dignas de proteção de igual forma, pois pelo simples fato de serem pessoas humanas dotadas das mesmas capacidade, merecem que seja garantido o respeito a sua

dignidade (VECCHIATTI, 2012).

Para a concessão da adoção, o magistrado deve analisar as condições que vivem os casais homoafetivos, se estes mantém uma relação pública e ininterrupta, boa conduta moral e que tenham condições financeiras e psicológicas para adotar uma criança, presentes esses requisitos, não tem porque indeferir o pedido de adoção.

Negar a adoção para esses casais homoafetivos, que tem intuito de constituir famílila, seria tratamento preconceituoso, pois a própria CF/88, proíbe qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos o mesmo respeito e a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas, sendo absolutamente irrelevantes quaisquer condições externas nesse contexto (VECCHIATTI, 2012).

4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade foi recepcionado de forma expressa pela CF/88 em vários dispositivos, isso significa que juntamente com a aplicação desse princípio deve-se concretizar o combate aos meios discriminatórios existentes na sociedade.

Apresenta-se como direito à igualdade dirigido a todos os cidadãos, ou como princípio inserido no sistema constitucional brasileiro, cuja finalidade é uniformizar o regime das liberdades individuais.

Este princípio não se exaure no enunciado básico de que todos são iguais perante a lei, pois tal enunciado tende a desviar a atenção das diferenças, ignorando as variações interpessoais. Desse modo, a igualdade meramente formal poderia prejudicar os direitos homoafetivos, deixando de lado as diferenças que cada pessoa possui individualmente (CUNHA, 2010).

A principal diferença entre a igualdade formal e material, é que a primeira é a igualdade perante a lei, como podemos observar no artigo 5º da CF "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]", proibiu a discriminação com base no sexo, raça, credo religioso, trabalho e convicções políticas, conforme afirma o art. 3º, IV, CF que dispõe dos objetivos fundamentais da República Federativa: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação" (CUNHA, 2010).

Já a segunda é a isonomia na lei, ou seja, a exigência de um tratamento de igualdade a casos iguais, bem como a diferença em casos que necessitem de diferenciação. Está ligada à ideia de justiça social e distributiva, visa garantir a concretização real deste princípio (CUNHA, 2010).

Dessa forma, o princípio da igualdade exige a qualidade de sujeito de direito, ou seja, que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, essa qualidade de sujeito de direito.

O princípio da igualdade serve como base de proteção da livre orientação sexual, que não pode ser vista como forma de discriminação, devendo todas as pessoas exigir respeito ao livre exercício da sexualidade.

Neste diapasão, não tem como impedir que casais homoafetivos não adotem uma criança ou adolescente por terem eles uma orientação sexual diversa da heterossexual, tendo em vista que os princípios constitucionais da dignidade e igualdade asseguram tal direito (CUNHA, 2010).

Diante de tal posicionamento, se consagra que o princípio da igualdade deve ser considerado, também, fundamento para o reconhecimento de direitos havidos entre casais homoafetivos, transpondo-se, no mesmo sentido, como embasamento garantidor do reconhecimento da possibilidade jurídica de adoção.

Além do que, a adoção está ligada a relação de afeto, amor, respeito, confiança, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança, e a sexualidade não pode servir de pretexto para o indeferimento da adoção.

Os casais homoafetivos possuem direitos reconhecidos constitucionalmente que lhe são inerentes, e não havendo por parte da Constituição restrição expressa acerca da adoção por casais do mesmo sexo, não poderão os mesmo ter tal direito restringido tendo em vista sua orientação sexual.

Por tanto, vincular a orientação sexual do adotante para deferimento da adoção por casais do mesmo sexo é inconstitucional, ferindo o princípio da igualdade previsto na CF/88.

4.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Os direitos da criança e do adolescente são universalmente reconhecidos, a previsão contida no ECA, ampara todos os menores

de 18 anos pois, estes necessitam de uma específica atenção por serem sujeitos em desenvolvimento, sendo dever do Estado garantir a integral proteção delas.

A possibilidade de serem adotadas quando não dispuserem de nenhum familiar consanguíneo vivo ou que não esteja apto a desenvolver tal função é dever do Estado (Vecchiatti, 2012).

O artigo 3º do ECA, diz que as crianças e os adolescente são conferidos todos os direitos fundamentais essenciais ao ser humano, sem que haja dano a sua proteção integral.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a materialização do princípio do melhor interesse da criança como prioridade absoluta, assegurando ao adotando uma vida digna, atendendo as suas necessidades básicas (BETTIO, 2012).

Dessa forma, dispõe o artigo 227, *caput*, da CF os direitos fundamentais "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (BRASIL, 2015, p.72).

O pedido de adoção deve sempre levar em consideração se o interesse do menor está realmente protegido. Deve sempre ser observada a condição da futura família de maneira ampla, compreendendo fatores de cunho econômico, social, cultural e sobretudo afetivo.

Para que se decida um processo de adoção, é prioritário observar se o candidato reúne certas características, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável. Todas essas características podem ser encontradas numa família homoafetiva.

Em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da ampla proteção à família e no melhor interesse da criança e do adolescente, será considerada a possibilidade de adoção a casais homoafetivos, utilizando-se de regra extensiva quanto ao reconhecimento de entidade familiar.

Percebe-se que o mais importante em relação à decisão que defere o pedido de adoção é a capacidade do requerente de proporcionar à criança um ambiente familiar onde lhe seja concedido e ensinado valores de amor, carinho, respeito, confiança, desenvolvimento pleno e todos os demais que configurem uma vida digna (VECCHIATTI, 2012).

Ademais, a manutenção de crianças e adolescentes em abrigos ao argumento de que a adoção por casais homoafetivos não encontra previsão legal, lesiona o sistema jurídico constitucional e infraconstitucional como um todo, na medida em que fere frontalmente direitos e princípios consagrados, quer seja no que tange aos homoafetivos que não têm seus direitos efetivamente assegurados, quer seja em relação à manutenção de crianças e adolescentes aptos à adoção que ficam privados de inserção em uma família (VECCHIATTI, 2012).

Uma questão bastante levantada é sobre o prejuízo que uma cirança possa ter ao ser adotada por casais homoafetivos. Alguns dizem que esse tipo de adoção põe em risco o livre desenvolvimento da sexualidade do menor, que este seria influenciado por seus pais adotivos a seguir uma orientação diversa da que prevalece na sociedade.

Esse questionamento não merece prevalecer, pois, vários estudos foram feitos por psicólogos e psicanalistas nos últimos anos, afirmando que a orientação sexual dos pais em nada influencia o comportamento dos filhos (BETTIO, 2012).

Além do que, se realmente fosse indispensável para a heterossexualidade de um indivíduo que ele fosse criado por um casal hetero, como explicar o fato de aquelas crianças criadas por estes casais venham a se tornar homoafetiva, já que foram criadas em um ambiente considerado "adequado"[?] (VECCHIATTI, 2012).

Ante o exposto, vale citar a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerias, que concedeu a adoção ao casal homoafetivo, alegando principalmente o interesse do menor:

> APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DO MESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o

> seu bem-estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros). (TJMG - Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2012, publicação da súmula em 13.02.2012)

Logo, podemos afirmar que a orientação sexual do indivíduo em nada influencia o menor, o que deve prevalecer em uma família é o amor, principal laço afetivo, que da à criança a capacidade de um desenvolvimento digno e feliz.

5 DESAFIOS ATUAIS E INCOMPREENSÕES QUE PERSISTEM

Mesmo depois do julgamento da ADPF nº 132/DF e da ADI nº 4277/RJ, bem como a Resolução 175 do CJN, que garante o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, uma parte da sociedade critica o relacionamento homoafetivo, discriminam e julgam esse novo tipo de família.

Apesar das várias transformações pela qual a sociedade vem passando, em especial a constituição de novas famílias, percebe-se que a mesma não

vê com bons olhos o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e nem a adoção por casais homoafetivos, por achar que pais homoafetivos irão passar orientação sexual para as crianças, que haveria uma identificação destas com o modelo dos pais, o que as disvirtuariam, e isso não existe (BETTIO, 2012).

A sociedade não tem condições intelectuais nem tão pouco legais de se posicionar em relação ao tema, principalmente pelo conservadorismo que carregam até os dias atuais.

Com o tempo, a homoafetividade vem adquirindo transparência, sendo de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais. Cada vez mais casais homoafetivos estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. A tentativa de negar ao par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem no seio dessas novas famílias perde cada vez mais espaço.

As garantias e princípios fundamentais devem ser respeitados e colocados em prática, a dignidade do ser humano deve estar à frente de todo o preconceito existente, direito de ser tratado igualmente, de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um e a sociedade precisa aceitar e passar a enxergar com a mente mais aberta os novos tipos de família que estão surgindo, principalmente a união entre pessoas do mesmo sexo.

Todas essas incompreensões e preconceitos atingem principalmente a construção de novas famílias, laços baseados no afeto. Isso faz com que muitas crianças sejam privadas de ter um lar, amor, carinho, educação e continuem desamparadas em abrigos.

Para se ter uma vida digna precisa-se que seja rompida essa discriminação e que seja aprovada a adoção por casais homoafetivos pela sociedade, pois a Justiça Brasileira já dá reconhece a união homoafetiva como entidade familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira ainda é omissa quanto à regulamentação das relações homoafetivas e dos direitos que possuem essas famílias, especialmente no que tange ao instituto da adoção. Por isso, esse trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, sendo certo que esse assunto não se esgotou.

Verificou-se através do primeiro tópico do desenvolvimento, o conceito jurídico e social da adoção, que a Lei da Adoção e o ECA não trazem critérios impeditivos de adoção por causa da orientação sexual do adotante.

Dando seguimento, foi abordado conceitos e características da entidade familiar, e através deste tópico se pôde perceber que foi reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar, e com isso esses casais passaram a ter os mesmos direitos de uma união estável heteroafetiva, inclusive o de adotar uma criança.

Na sequência foi explanado os princípios que norteiam a possibilidade jurídica da adoção pelos casais homoafetivos que preencherem os requisitos da união estável, cujo vínculo familiar duradouro, público e notório, repousa na afetividade. Tais princípios como dignidade da pessoa humana, da igualdade, do melhor interesse à criança e ao adolescente, é que garantem essa possibilidade.

A jurisprudência vem demonstrando que é perfeitamente possível a adoção por casais homoafetivos e deixar de proteger tal direito seria uma flagrante discriminação com base na orientação sexual do indivíduo e um afronte ao princípios constitucionais.

Convém, por fim, registrar que a presente abordagem não tem a pretensão de ser definitiva, mas apenas o começo da discussão, pois toda mudança que acontece na sociedade precisa de uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível.

LEGAL POSSIBILITY OF ADOPTION BY HOMOAFFECTIVE COUPLES

ABSTRACT: The present work intends to analyze the juridical possibility of adoption by homoaffective couples, to present in its development the concept of adoption, to encourage a reflection on the recognition of homoaffective civil union as family entity. It will still be covered some constitutional principles guiding the juridical possibility of adoption by homoaffective couples, such as human dignity, equality and best interests of the child.

KEYWORDS: Constitutional principles. Family Law. Adoption. Homoaffective Civil Union.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre Lei da Adoção e altera o Estatuto da Criança e Adolescente. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277 Acesso em: abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0470.08.047254-6/001*. Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2012, publicação da súmula em 13.02.2012

BETTIO, Carla Luciane. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homoafetivos*. Abril de 2012. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20possibilidade%20jur%C3%ADdica%20da%20ado%C3%A7%C3%A3o%2002_04_2012.pdf Acesso em janeiro de 2015.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. *Adoção por casais homoafetivos*: Do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165>. Acesso em abr 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.
DIAS, Maria Berenice. *A Família Homoafetiva e seus Direitos*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 27, n. 91, p. 103- 111, maio 2007.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: Direito das Famílias. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Jus Podivm, 2013. v.6.
GOMES, Nelci. *A Pluralidade das Entidade Familiares*. Março de 2014. Disponível em:<http://nelcisgomes.jusbrasil.com.br/artigos/113890796/a-pluralidade-das-entidades-familiares Acesso em março de 2015.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: Direito de Família. 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. v.6.
RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**.** In**:** *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out. 2009. Disponível em: http://www.ambito-Juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos. Acesso em nov. 2014.
VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade*: possibilidade jurídica do casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2012.