



A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE MATERIAL

Marcyó Keveny de Lima Freitas¹

Patrícia Borba Vilar Guimarães²

RESUMO

A sexualidade humana sempre foi encarada como um tabu. Ser do sexo masculino ou feminino sempre foi a única via de expressão dos corpos durante toda a história humana, entretanto, a partir do século passado essa discussão acerca da sexualidade e da orientação sexual e do preconceito dessa escolha do indivíduo adquiriu novas nuances no que tange a garantia de direitos e prerrogativas do ser humano. Neste sentido, a definição tradicional de família ou grupo familiar adquiriu novos traços com o passar do tempo, e tal mudança atingiu também o instituto da adoção, logo, a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio. A adoção por um casal homoafetivo ainda levanta questionamentos na sociedade, envolvendo o preconceito, a religião, o Direito de Família e outros aspectos culturais. A Constituição Federal de 1988 assegura que todos são iguais perante lei e que não deve haver distinção de qualquer natureza (Art. 5º, caput), tendo, inclusive, a República Federativa do Brasil como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Dessa forma, o presente estudo se propõe a analisar, por meio

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogado. E-mail: marcyolima@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba. Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: patriciaborb@gmail.com

de uma abordagem qualitativa e bibliográfica, utilizando-se do método dialético, a conquista de direitos dos casais homoafetivos, através de uma perspectiva história acerca dos tipos de família ao longo do tempo, mostrando as transformações resultantes das mudanças de preceitos e comportamento da sociedade, analisando os princípios constitucionais que fortalecem o direito da adoção homoafetiva e as dificuldades enfrentadas por eles.

Palavras-chave: Adoção. Casais. Dignidade Humana. Família. Homoafetivos. Isonomia.

1 INTRODUÇÃO

A sexualidade humana sempre foi encarada como um tabu. Ser do sexo masculino ou feminino sempre foi a única via de expressão dos corpos durante toda a história humana, todavia, a partir do século passado a discussão acerca do gênero, da sexualidade e da orientação sexual transbordaram as principais rodas de estudo no campo das ciências sociais, levando esses temas para além de questões simplistas, chegando a outras áreas do saber, tais como ao Direito, a medicina e a filosofia.

A sociedade sofre mudanças com o tempo, somos seres mutáveis que evoluem com o decorrer do tempo, logo, o Direito como uma ciência eminentemente humana, deve evoluir e acompanhar as mudanças sociais. Assim, as normas de convívio social constantemente são alvo de alterações que devem ser atualizadas pelo Direito.

A problemática do tema reside no debate acerca da possibilidade ou não da adoção de crianças ou adolescentes por casais homoafetivos. Alguns opositores que defendem a não possibilidade de adoção, alegam que o casal homoafetivo influenciaria a orientação sexual da criança e adolescente, existindo uma forte tendência dos menores optarem pela homossexualidade. E que os mesmos seriam vistos pela sociedade com discriminação, pelo fato de terem dois pais ou de duas mães.

A Constituição Cidadã de 1988 consagra em art. artigo 5º, caput e no art. 1º, incisos II e III, o princípio da igualdade, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei e que não deve existir distinção de qualquer natureza, sendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa Brasileira. Logo, o Estado tem o dever de estabelecer instrumentos de isonomia material aos indivíduos, evitando discriminações e preconceitos de qualquer natureza.

O Poder Público deve combater todas as formas de preconceito, discriminações e injustiças, pois mesmo não existindo nenhuma lei que autorize a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, a interpretação sistemática da Constituição Federal com o respeito

e materialização dos princípios constitucionais, autorizam, sem sombra de dúvidas, a adoção por casais homoafetivos.

O Estado brasileiro não pode se omitir diante dessa nova realidade social, impedindo os casais homoafetivos de gozarem do direito de terem filhos pelo instituto da adoção. Até mesmo porque, se tal fato viesse a se concretizar, estaríamos violando fatalmente os preceitos constitucionais da Carta Magna de 1988 no que tange a garantia de princípios e direitos fundamentais essenciais ao desenvolvimento do ser humano.

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos se pautam em direitos e garantias inerentes ao ser humano, em consonância aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e do melhor interesse da criança para justificar o direito dos homoafetivos de adotar e o direito das crianças e adolescentes de serem adotadas.

Neste sentido, a adoção por casais homoafetivos é uma realidade que deve ser encarada e analisada pelos operadores do direito no ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, apesar da conquista de direitos dos casais homoafetivos no decorrer dos anos, ainda hoje há muito preconceito na sociedade. O presente estudo irá abordar e analisar o tema com o intuito de despertar uma reflexão no que tange a aceitação de tal adoção, tendo como base as mudanças significativas na legislação em geral.

Sem sombra de dúvidas, os novos rumos delineados pelo Direito de Família brasileiro nos últimos anos nos eleva a um patamar significativo no que tange a garantia de direitos aos cidadãos. Com o intuito de maximizar as normas constitucionais, com a materialização dos direitos e garantias fundamentais, e através da já conhecida Constitucionalização do Direito, o Direito de Família evoluiu no sentido de tutelar direitos e garantias dos indivíduos, combatendo discriminações e preconceitos, garantido a todos tratamento igualitário, com a preservação dos direitos fundamentais do ser humano, efetivando assim, em um Estado Democrático Social e Constitucional de Direito, a materialização dos direitos fundamentais e os objetivos insculpidos na atual Constituição Cidadã, no que tange a solução dos conflitos e a pacificação social.

É evidente que a busca pela igualdade e equidade, no combate a preconceitos, injustiças e discriminações é um desafio que se busca a cada dia pelo judiciário nacional. Desta maneira, a busca incessante daquilo que se convencionou chamar de igualdade, procurando realizá-la não só em sua acepção formal, como também em seu sentido material (igualdade real, efetiva), deve ser uma constante no seio da sociedade brasileira.

A possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é visto como um direito fundamental do indivíduo, que deve ser respeitado, implementado e garantido pelo Estado Brasileiro nos termos da Carta Magna de 1988, corroborando, assim, com os preceitos contidos na Constituição cidadã de 1988 no que tange a resolução dos conflitos e a pacificação social, resultando no bem estar da coletividade.

Desta forma, diante de tais argumentos, há uma real necessidade sócio-jurídica de analisar a possibilidade de casais do mesmo sexo poder adotar uma criança ou adolescente, haja vista que os mesmos possuem ao seu favor os princípios fundamentais da dignidade da pessoa

humana e isonomia.

Diante desta nova realidade, para atender aos objetivos insculpidos na Constituição Cidadã e do direito de família brasileiro, a fim de atender aos objetivos projetados ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, importante destacar o papel dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia ou igualdade material na materialização dos direitos fundamentais com a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

2 CONCEITO E FINALIDADE DA ADOÇÃO

A adoção é um dos institutos mais antigos do mundo, fazendo parte dos costumes de quase todos os povos, logo, sua conceituação e finalidade se modifica de acordo com a época e as tradições de cada povo.

Quanto a evolução do instituto da adoção, podemos perceber que desde os tempos mais remotos, a adoção sempre teve seu sentido vinculado a ideia de família, ou seja, o instituto da adoção estava ligado à perpetuidade da família, pelo culto religioso, cumprindo à filiação a continuidade patrimonial, moral e religiosa da família.

Pode-se perceber que nesse período, a perpetuidade e os desejos pessoais não eram primordiais. O que realmente importava era o culto religioso, prevalecendo os laços religiosos.

Neste sentido, coadunando com tal entendimento, ensina Silvio Rodrigues que (2004, p. 335):

A última forma de assegurar a continuidade da família e a perpetuação de seu culto, quando não havia a possibilidade de se ter um filho, era pelo instituto da adoção, cabendo aos filhos cultuar as memórias de seus antepassados (2004, p. 335). Aqueles que não tivessem como fazê-lo possuíam risco de ter sua família extinta por não ter como cultuar seus ascendentes.

Na Grécia antiga, a adoção era caracterizada com uma finalidade social e política, já que era exercida para esse fim. Neste sentido, apenas aquelas pessoas consideradas cidadãos poderiam adotar e serem adotados. Havia, assim, uma filtragem no sentido de quem podia adotar e ser adotado, pois somente os cidadãos teriam a garantia do direito de adoção.

Acerca do valor da adoção nesta época, Silvio Venosa, brilhantemente, conceitua que (2003, p. 253):

A adoção era um recurso para a manutenção do culto da família pela linha masculina, visto que o direito sucessório somente era permitido pelos homens. Portanto, era perceptível em tal período a finalidade social, política e religiosa da adoção, visando interesse do adotante.

No Império Romano, o sentido da adoção ainda estava vinculada a religião, que segundo Silvio Venosa (2003, p. 253):

Através da religião, as pessoas pediam pela ascendência de suas famílias, mas caso isso não fosse realizado através da natureza, a adoção era concretizada, como sendo uma forma de fornecer a família à ascendência, visto que a natureza não podia concretizar.

Na Idade Média, a adoção era vista de uma forma mais sistematizada juridicamente, todavia, apesar da adoção nesse período ter sido mais, ainda assim objetivava o culto de seus ascendentes.

Anteriormente ao advento do Código Civil de 1916, o instituto da adoção era disciplinado de maneira esparsa, pois não havia nenhuma lei específica que regulasse tal instituto. Todavia, somente com o advento do Código Civil de 1916 é que o instituto da adoção veio a se tornar sistematizado no ordenamento jurídico pátrio, objetivando a possibilidade para aqueles que não tinham condições de ter um filho, a oportunidade de tê-los.

Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 211) entende a adoção como um “ato jurídico em que uma pessoa recebe outro como filho, independentemente de existir entre elas qualquer parentesco consanguíneo ou afim”.

Acerca dessa temática, Orlando Gomes (2002, p. 369) também entende a adoção “como um ato jurídico que é estabelecido, independentemente do fato natural da procriação sendo, portanto, uma ficção legal que permite a duas pessoas um laço de parentesco do primeiro grau na linha reta, criando laços familiares perpétuos”.

Neste diapasão, o instituto da adoção nada mais é do que uma modalidade artificial de filiação que visa imitar a filiação natural, sendo conhecida, portanto, como filiação civil, haja vista não resultar de uma relação biológica, mas, sobretudo, de uma manifestação de vontade baseada em uma relação afetiva entre o adotante e adotado. Logo, o indivíduo (adotado) passa a ter status de filho independentemente de uma relação biológica ou consanguínea com o novo pai (adotante).

Maria Berenice Dias, em irretocável lição acerca do significado da adoção, nos ensina que (2007, p. 426):

A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial, criando um vínculo fictício de filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica, possuindo os filhos adotivos direitos e deveres de qualquer filho. [...] A adoção significa mais do que a busca de uma família para uma criança e adolescente. Foi abandonada à concepção tradicional que tinha prevalência da busca de uma criança para uma família, já que a finalidade da adoção passou a ser a demonstração do melhor interesse da criança.

Nesta vertente, a finalidade da adoção adquiriu novas nuances ao longo do tempo, objetivando não apenas oportunizar ao casal sem filhos uma possibilidade de criar uma criança e adolescente e tê-lo como filho como estabelecido no Código Civil de 1916, mas, sobretudo, garantir a criança e ao adolescente uma família, na qual possa se desenvolver, de modo sadio, tendo em vista o melhor interesse do menor.

O verdadeiro sentido da adoção na visão de Caroline Félix Ramos (2008) se caracteriza:

Com a satisfação de ambas as partes, ou seja, objetiva tanto a realização do desejo de uma pessoa que não pode ter um filho biologicamente ou geneticamente, como também por motivos de ordem pessoal, além do interesse que uma criança e adolescente possui no sentido de possui um lar digno de seus direitos, ou seja, as finalidades são de ambas as partes, mas priorizando sempre o interesse do menor.

O instituto da adoção visa, assim, o bem estar do adotado, e não mais a preocupação com o bem estar do adotante no que tange às suas necessidades de ter e criar um filho. Atualmente, a adoção objetiva, de forma concreta e efetiva, o melhor interesse da criança e do adolescente adotado.

Para que a adoção seja deferida, há a necessidade de demonstração dos reais benefícios para o adotado com tal medida, haja vista existir princípios constitucionais que protegem e asseguram direitos à criança e ao adolescente. Assim, a adoção tem como principal finalidade o bem estar e a colocação do adotado em uma família substituta com suporte emocional e financeiro para atender as suas necessidades básicas, protegendo e garantindo, desta forma, o respeito aos direitos da criança e adolescente.

Sem sombra de dúvidas, a adoção necessariamente visa atender ao melhor interesse da criança e adolescente, oferecendo um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento destes que por algum motivo ficaram privados de sua família biológica, atendendo, desta forma, às reais necessidades da criança e do adolescente, ofertando aos mesmos uma família em que se sintam seguros e amados.

Portanto, não se admite a justificativa de adoção de uma criança e adolescente somente com o objetivo altruísta, devendo ter como objetivo primordial, a proteção destes como sujeitos de deveres, obrigações e direitos.

3 REQUISITOS PARA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Os procedimentos para a adoção de crianças e adolescentes brasileiras estão disciplinados no Estatuto da Criança e do adolescente e no Código Civil de 2002.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os filhos naturais e adotivos foram equiparados, além de ser estabelecido que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à cultura, à profissionalização, ao lazer, à dignidade, à liberdade, ao respeito e à convivência comunitária e familiar, e excluindo toda forma de discriminação, negligência, exploração, crueldade, pressão e violência.

Segundo estabelece o § 6º do art. 227 da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas filiação”.

Assim, para que a adoção seja deferida, o adotante precisa, necessariamente, preencher alguns requisitos estabelecidos pela Lei. E tais elementos que devem ser preenchidos pelo adotante podem ser caracterizados como requisitos objetivos e subjetivos.

Acerca dessa temática, se posiciona brilhantemente Luciano Alves Rosato (2009, p. 52) ao afirmar que, “para que haja a caracterização do requisito subjetivo, é necessário a comprovação da idoneidade do adotante, além dos reais motivos legítimos para a adoção que se traduz no desejo de filiação, ou seja, na vontade de ter a pessoa em desenvolvimento como filha”.

No que tange ao requisito objetivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no seu artigo 40 que o adotando deve ter, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Muito embora a lei não trate acerca de um limite de idade para o pedido de adoção, o artigo 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente se justifica na medida em que o adotando esteja sob a guarda ou tutela, é indiscutível que o pedido de adoção deve ser feito até os 21 anos de idade, pois de outra forma, não haveria a possibilidade de se requerer a adoção de um maior, haja vista cessar a guarda ou tutela.

É importante esclarecer que, aquele indivíduo com 18 anos de idade ou mais, somente poderá ser adotado seguindo as regras e procedimentos do Código Civil de 2002, e não mais sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, logo, na adoção para maiores de 18 anos não serão aplicados procedimentos à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto ao consentimento dos pais ou do representante legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 45 § 1º estabelece que o consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

Na verdade, nestes casos o que se quer proteger é o bem estar do menor, logo, há uma prioridade em proteger os mesmos diante de sua condição de vulnerabilidade. Neste tocante, esclarece Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2010, p. 78) que:

O consentimento dos pais ou representante legal do adotando não é essencial para adoção, visto que se os pais não concordam com a adoção, mas ao mesmo tempo não cumprem o seu dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores poderão ter seu poder familiar destituído dispensando seus consentimentos.

Todavia, para que haja a perda do poder familiar, é necessário a instauração de procedimento contraditório nos moldes do artigo 45 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, o artigo 45, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente fala em “consentimento” em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, como um dos requisitos para que haja a adoção.

Quanto ao consentimento do adotando, com a concordância ou não deste no processo de adoção, ensina Luciano Alves Rosato (2009, p. 53) que:

Deve haver a concordância do adolescente, e que quando possível a criança deverá ser ouvida, ainda que a sua opinião não seja determinante, pois se trata da decorrência do princípio da proteção integral em que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não objeto de proteção, pois ao contrário do adolescente, não há necessidade de concordância no menor.

No que tange à idade de adotante, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe a capacidade para adotar, ou seja, 18 anos de idade tendo em vista a redução da capacidade civil. Assim, a diferença entre o adotante e adotando deve ser de 16 anos nos termos do artigo 42, § 3º do ECA.

No que tange as características, requisitos e peculiaridades da adoção, Luciano Alves Rosato (2009, p. 52) aduz que “no caso da adoção ser bilateral, poderá haver o deferimento da adoção se apenas um dos adotantes preencherem o requisito de diferença de idade entre adotante e adotando”.

O ato de adotar, respeitados os requisitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e as regras expostas no Código Civil de 2002, independe do estado civil do adotante, devendo o mesmo apenas ser maior de 18 anos conforme preleciona o artigo 42 do ECA. Todavia, para que haja a adoção em conjunto é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da núcleo familiar, nos termos do artigo 42 § 2º.

Neste diapasão, muito bem elucida Maria Berenice Dias (2007, p. 430) ao afirmar que:

Essa distância de tempo busca imitar a vida, pois é a diferença em anos para a procriação, mas admite flexibilização para a regra tendo em vista se o pedido de adoção é antecedido de um período de convívio por lapso de tempo que permitiu a constituição da filiação afetiva. Assim, se houver um convívio com certa duração anterior a adoção a regra poderá ser afastada.

No ano de 2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alguns ajustes no que consiste em processo de adoção, dada pela Lei 12.010. Tal Lei ficou conhecida como a Nova Lei da Adoção e expressamente modificou o ECA, alterando a lei sobre investigação de paternidade sumária e revogando alguns artigos do Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Tendo em vista que os abrigos e orfanatos estão repletos de crianças e adolescentes à espera da adoção e há um número significativo de pessoas esperando autorização para adotar, a Nova Lei da Adoção ajudou a acelerar o processo, corrigindo incompatibilidades que existiam entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente e aperfeiçoando a legislação atual, focando nas garantias constitucionais subtendidas no ECA.

São assegurados, portanto, todos os direitos e deveres de filho ao adotando, sendo o mesmo desligado de qualquer laço com seus familiares biológicos, quebrando todo o vínculo existente com os parentes biológicos e igualando os direitos e deveres de um filho natural.

Para a adoção de uma criança, devem ser preenchidos os requisitos presentes no artigo 42 da Lei 8.069, conforme exposto a seguir:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente de estado

civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da 5º concessão.

§ Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Noutra vertente, a adoção somente será deferida quando trazer vantagens reais à criança ou adolescente, e estiver fundamentada em motivos legítimos. E para que ocorra a adoção de crianças e adolescentes é primordial e indispensável que o adotante faça um cadastro de caráter obrigatório nos moldes do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, a nova lei da adoção tornou indispensável à inscrição dos pretendentes à adoção, haja vista que o próprio ECA já previa a obrigatoriedade de um cadastro para os interessados em adotar, mas só com a nova lei de adoção tal cadastro se tornou indispensável.

Outrossim, ainda estabelece o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a necessidade de existência em toda e qualquer comarca ou foro regional um sistema de registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, mantido pela autoridade judiciária.

Cumprindo ainda, que o § 5º do artigo 50 do ECA que disciplina acerca da criação dos cadastros da adoção determina que “[...] serão criados e implantados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de pessoas ou casais habilitados”.

Para dar cumprimento e efetividade ao artigo 50 acerca da adoção contido no estatuto da Criança e do Adolescente, em 08 de Maio de 2008 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução 54/08 criando o cadastro Nacional de Adoção, possibilitando, assim, o encontro de pessoas interessadas em adotar, com crianças e adolescentes que possam ser adotadas, efetivando, desta forma, a concretização de adoções que não ocorreriam se não existisse o cadastro de troca de informações.

Coadunando com tal entendimento, elucidam Luciano Alves Rosato (2009, p. 56) que:

A finalidade da Resolução 54/08 é colocar em prática a implantação de um Banco de Dados único e nacional de informações sobre crianças e adolescentes a serem adotados e de pretendentes à adoção, visando à unificação dos dados cadastrais do

adotando. Logo, o objetivo principal do Banco de Dados é viabilizar os esgotamentos de buscas de habilitados residentes no Brasil antes de se deferir a adoção a uma família estrangeira, priorizando, portanto, a adoção por residentes brasileiros em detrimento de estrangeiros.

Por fim, no que tange a convocação para adoção, não é mais permitido ao magistrado a possibilidade de entrega da criança ou adolescente aos pretendentes que melhor atendam ao interesse da criança, haja vista o artigo 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente definir e estabelecer a ordem cronológica de inscrição no cadastro de pretendentes à adoção.

4 OS NOVOS ARRANJOS DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Com o passar dos anos, a configuração familiar vem sofrendo alterações e ampliando a concepção do termo família. Tais modificações se explicam como sendo reflexo de mudança dos costumes da própria sociedade.

O instituto do casamento era a forma mais tradicional de constituir família, sendo a única forma de concepção da família antes da Constituição Cidadã de 1988. Afirmava-se que o casamento dava forma a família legítima, através da união entre o homem e a mulher objetivando a procriação, concentração e transmissão do patrimônio.

Assim, o homem era responsável pelo papel de provedor, enquanto a mulher tinha o dever de reprodução. Nessa época, o afeto não tinha vez, o que importava era a colaboração entre os cônjuges, mas não o afeto como é tido atualmente. A união derivava unicamente do instinto de sobrevivência. Foi um momento de grande intervenção estatal na família, onde o preconceito reinava na sociedade, além de ser visto como prática natural pela sociedade.

No período da revolução industrial, o modelo tradicional patriarcal não conseguiu resistir às mudanças sociais derivadas da nova fase histórica que a humanidade estava vivenciando. Até porque, o mercado de trabalho passou a necessitar da mão de obra da mulher, havendo então uma mudança substancial nos papéis até então impostos aos cônjuges da família.

Logo, o homem deixou de ser o único provedor da casa, passou a contar com a participação da mulher nesse aspecto. Em razão desses novos costumes, os membros da família se aproximaram mais e a figura da afetividade passou a surgir.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 122), “a mulher passou a exercer tarefas externas ao lar, fazendo com que as mesmas ganhassem mais prestígio social por estarem aumentando o consumo e a produção”. A mudança mencionada influenciou em modificações no contexto social.

O ápice dessa mudança de pensamento e comportamento com o rompimento da ideia familiar sob o comando patriarcal se deu, sem dúvida alguma, com as transformações trazidas pela Carta Magna de 1988, que diante dos novos ares precisou acompanhar a evolução social e consagrar as novas formas de convívio.

A Constituição de 1988 estabeleceu de forma sólida e duradoura uma mudança legis-

lativa mais consistente, admitindo como família quaisquer relações de afeto, ou seja, a união estável, sendo tratada com igual respeito ao casamento. Os padrões de moralidade foram decaindo, trazendo espaço para os novos modelos de família. A busca da felicidade passou a ser o maior objetivo.

Na verdade, a Constituição Federal de 1988 inovou ao admitir e reconhecer outros tipos de arranjos familiares, tais como as famílias monoparentais, constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes, ganharam seu reconhecimento, assim como, com o tempo passou-se a admitir a família formada apenas por irmãos; por primos; por tios e sobrinhos; por avós e netos, chamadas de família extensa ou ampliada, nos termos do parágrafo único do art. 25 do ECA, com redação dada pela Lei 12.010/2009, caracterizadas por se estender além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e sustenta vínculos de afinidade e afetividade; e a família formada por homoafetivos, sem filhos, com filhos de um deles ou até com filhos adotados por um deles.

Sendo assim, a família na atualidade pode ser considerada sob configurações que compreendem desde a monoparentalidade até um casal do mesmo sexo.

A mudança no conceito de família e seu papel na sociedade foi modificado ao longo do tempo. Desta forma, a família nos dias atuais está mais democrática, o afeto e o amor são os seus critérios definitivos. Não se vê mais a família como um elemento de dominação da sociedade, mas sim como a sua base, sendo passível de toda e qualquer proteção Estatal. O Estado não tem mais o poder de intervir na família com a finalidade de extinguir direitos individuais. O Estado deve ser visto como protetor da família, e não opressor.

Os relacionamentos baseados na burocracia cederam espaço aos novos arranjos baseados no afeto. A nova família tem a possibilidade de escolher as pessoas com quem quer se relacionar, quer viver, abrindo um leque de opções possíveis em que se tem o amor como peça fundamental do relacionamento.

No que tange aos casais homoafetivos, a ciência proporcionou a perpetuação de estigmas acerca de uma suposta personalidade pervertida e somente nas últimas décadas destacamos alterações de afirmações que mostram papéis construídos e não mais instintivos, como a paternidade sócio-afetiva que não responsabiliza apenas motivações biológicas para a construção do afeto. Inserido nas discussões que discutem o direito dos homoafetivos à adoção, a hipótese de que o homoafetivo pode e quer ter filhos vem ganhando força.

É constitucionalmente, legalmente e moralmente possível a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Com as mudanças nos modelos familiares, as lacunas antes deixadas abertas a luz da interpretação da Constituição Federal de 1988, lentamente estão sendo ocupadas com as transformações das entidades familiares.

Desta maneira, a família não está passando por um momento de crise, ao contrário, os novos laços e arranjos familiares fortalecem a instituição familiar diante das transformações, acompanhando, assim, o avanço social, sendo de total importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais para que haja a solução dos conflitos de maneira plausível.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Ao longo do tempo, os princípios constitucionais sofreram significativas mudanças. Antigamente, os princípios eram tidos somente com o caráter supletivo. Em último caso, ocupavam de brechas das leis. Os princípios eram ferramentas utilizadas como normas programáticas, como se fossem ideais almejados.

Com o surgimento do neopositivismo, que se iniciou a partir do final da segunda guerra mundial em 1945, momento em que a dignidade humana passou a ganhar maior preocupação, surgem os direitos que passaram a ser inerentes ao homem, os chamados direitos fundamentais. Desta maneira, os princípios constitucionais, passaram a ter uma nova função nos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Na definição de Paulo Bonavides (2006, p. 294), princípios “[...] são qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição, já que os mesmos sustentam e dão equilíbrio ao ordenamento jurídico”.

José Afonso da Silva (2007, p. 92), brilhantemente, ensina que “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam nos sistemas de normas”. Luís Roberto Barroso (2009, p. 208) de igual forma leciona que “os princípios indicam uma direção, um valor, um fim, pois sugerem diferentes direções a serem seguidas numa ordem pluralista havendo muitas vezes colisões entre os princípios”.

Os princípios passaram a ser os norteadores do ordenamento jurídico e ganharam caráter normativo, determinando o caráter de eficácia dos demais regramentos do ordenamento, levando em consideração que se estes contrariassem suas disposições poderiam ser desconsiderados, perdendo totalmente sua validade e eficácia.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2005, p.104) acerca do tema, expõe que:

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

O convívio homoafetivo passou a ser uma possibilidade de formação de família, e nesse âmbito estão presentes alguns princípios que norteiam a efetivação da adoção de menores por homoafetivos, como o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio constitucional da igualdade está no bojo da Constituição Federal de 1988, onde todos os cidadãos têm o direito ao tratamento igualitário perante a lei. O art. 5º, da Constituição Federal aduz que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e à propriedade nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A proteção isonômica está relacionada a garantia da cidadania na expressão da sexualidade e na liberdade de orientação sexual, assim, percebe-se uma proteção como uma afirmação dos direitos humanos, haja vista uma das finalidades do Estado moderno ser a busca do bem de todos, sem nenhuma discriminação.

No ordenamento jurídico brasileiro, há uma dupla dimensão que compreende o princípio da igualdade, a formal e material. Assim, vislumbramos a igualdade perante a lei e a igualdade na lei, expressões distintas e complementares. O princípio da igualdade tem a finalidade de uniformizar o regime das liberdades individuais. Por conseguinte, a respeito do princípio da igualdade aplicado às relações homoafetivas, Ana Paula Ariston Barion Peres (2006, p. 111) esclarece que “a Constituição deu passos largos na superação do tratamento desigual consolidado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres”.

Diante de posicionamentos de Tribunais, onde em suas decisões aplicam o princípio constitucional da igualdade para atribuir direitos aos companheiros homoafetivos devido à inexistência de uma lei específica que englobe seus interesses, salienta-se que o princípio da igualdade deve ser considerado fundamento para reconhecer direitos havidos entre casais homoafetivos, galgando-se, no mesmo sentido, como embasamento garantidor do reconhecimento da possibilidade jurídica de adoção.

Aplicar o princípio da igualdade na esfera da homoafetividade é garantir o mesmo tratamento jurídico a todos, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual, consequência necessária oriunda do aspecto formal de tal princípio.

Logo, é preciso consolidar o direito à indiferença, pelo respeito às modalidades variadas de orientação sexual, todas sob uma só regulação.

A dimensão material do princípio da igualdade permite a aceitação das desigualdades, ultrapassando o âmbito da igualdade formal. Desta maneira, isto significa não identificar o sujeito com a pessoa heterossexual, mas, para que a igualdade perante a lei seja alcançada, até mesmo para a adoção de crianças por casais homoafetivos, é necessário que aja uma quebra do sujeito de direito como pessoa homoafetiva.

Neste prisma, partindo para a análise de outro princípio consubstanciado ao princípio da igualdade, no Brasil é assegurado a todos, pela Lei Maior, o direito ao devido respeito à sua dignidade. Cada indivíduo possui a sua dignidade, que difere de pessoa a pessoa e é tratada como um valor intrínseco e de difícil conceituação, que deve ser plenamente respeitado.

Nas palavras de Luiz Eduardo Toledo Coelho (2004, p. 229) “por ser a Constituição Federal aberta e repleta de princípios, deve-se ter em mente que o princípio norteador de todo sistema é o princípio da dignidade humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma qualidade que difere cada ser humano, fazendo-o merecedor de consideração e respeito por parte do Estado e da sociedade e

desencadeando um grupo de direitos e deveres fundamentais asseguradores contra todo e qualquer ato de característica desumana e degradante. São garantidores de mínimas condições para uma boa qualidade de vida, promovendo também a ativa e co-responsável participação na vida em grupo com os demais indivíduos.

Segundo Maria Helena Diniz (2007, p.7), “o princípio da dignidade da pessoa humana promove o pleno desenvolvimento dos membros da família, principalmente das crianças e adolescentes”. Ademais, é desse princípio que resultam os demais princípios como o da solidariedade, cidadania e igualdade, pois ele é considerado universal.

Negar a funcionalidade do princípio da dignidade da pessoa humana é como se estivesse sendo negado o desenvolvimento de cada membro da família, tendo em vista que é ele que dá ao indivíduo a estruturação da sua vida e esta advém da base familiar.

Traçando uma relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a homoafetividade, nota-se que há uma ligação direta entre elas, considerando que a formação de cada ser humano inclui a opção sexual, assim como o seu respeito e proteção pela sociedade. Reprovar a opção homoafetiva é desrespeitar a liberdade dada a cada um, é excluir pessoas por suas escolhas ou até mesmo da condição humana imposta a ela e comprometer a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, qualquer que seja a discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo infringe a própria Constituição Federal.

Existe ainda um terceiro princípio que dá respaldo jurídico para a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, que é o princípio do melhor interesse da criança. Além de ser um instituto que tem abrangente proteção estatal, a família também possui o dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, elencados no art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Descritos no texto da Carta Magna, esses direitos tratam do respeito ao direito à vida, ao lazer, à saúde, à cultura, à alimentação, à educação, à profissionalização, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se, que os direitos consagrados na Constituição Federal de 1988 têm por objetivo garantir especial proteção, garantindo os interesses das crianças e dos adolescentes, inclusive por meio da adoção, tendo em vista que a Constituição da República, em seu art 227, expressamente privilegia o vínculo familiar, assim como o faz o Estatuto da Criança e do Adolescente na Lei n. 8.069/90, que embora enfatizando os laços biológicos, não extingue a opção jurídica da criança ou o adolescente ser criado e educado por família substituta.

Quando se trata de guarda e adoção, são inúmeros os aspectos que devem ser observados, com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente. Deve haver uma igualdade de qualificação e de direitos aos filhos, sejam eles havidos da relação de casamento ou não, ou por adoção, pois é uma importante norma fundamental. Qualquer que seja o tipo de discriminação deve ser proibido.

O princípio do melhor interesse da criança está presente no nosso ordenamento jurídi-

co através do art. 5º, § 2º da Constituição da República e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/90, sendo, portanto, norma de observação obrigatória.

Pode-se perceber um aumento nos entendimentos em que os aplicadores do direito possuem o interesse de enaltecer as decisões que trazem maior benefício para a criança e o adolescente, aplicando o princípio que melhor se adeque ao caso concreto. Em observância aos princípios acima explicitados, convém considerar a possibilidade de adoção a casais homoafetivos, usufruindo-se de extensivas regras quanto ao reconhecimento de entidade familiar. Passa-se a ser juridicamente possível os pedidos de adoção realizados por homoafetivos que já possuem estrutura familiar consolidada.

Maria Berenice Dias (2009, p. 117) afirma categoricamente que a adoção por casais homoafetivos não só representa “solução menos gravosa para o menor, mas a melhor solução em muitos casos, principalmente em um país como o nosso, pois retira o menor da marginalidade, dando-lhe um lar cercado de afeto e atenção”.

Cumprе ressaltar que, a adoção por homoafetivos deve ser vista como um ato e/ou oportunidade positiva, pois se alguém questiona não ser uma situação e ambiente ideal para a criança e o adolescente, menos ainda o é se os mesmos estiverem abandonados nas ruas ou nas instituições.

6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO: O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO FAMILIAR E DO DIREITO À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A adoção objetiva, primordialmente, encontrar um lar para a criança e o adolescente, para que os mesmos tenham a possibilidade de desenvolver-se com carinho, respeito e amor verdadeiro. Desta forma, a entidade familiar que consagra o lar pode ser construída tanto por casais do mesmo sexo, quanto por casais de sexo diferente.

A dignidade da pessoa humana constitui um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal prerrogativa está elencada no artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988, sendo, portanto, um valor supremo que reflete o conteúdo valorativo de todos os direitos fundamentais do homem, unificando todos os direitos fundamentais devido seu amplo sentido normativo.

Ingo Wolfgang Sarlet em irretocável lição acerca da dignidade da pessoa humana, nos ensina (2010, p. 163):

Não ser uma tarefa fácil obter uma definição consensual do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o mesmo é um resultado de uma opção racional de que se cuida a própria condição humana do ser humano. A condição de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico- constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais, tendo a ressalva de que o conceito de dignidade humana não pode ser vazio, e nem se prestar a interpretações equivocadas.

A dignidade da pessoa humana independente de diversos atributos como sexo, condição social, idade, pelo simples fato de integrar a comunidade de seres humanos, sendo inerente a todo ser humano tal princípio.

Por ser o princípio da dignidade humana o critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 113) “necessário se faz a análise do princípio da igualdade e da não discriminação por orientação sexual no que tange à possibilidade da adoção por casais homoafetivos”.

Nas sábias palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 107), “o princípio da igualdade 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, passando não ser igualitário”.

Na verdade, deve-se buscar a concretização da igualdade material, eis que a igualdade meramente formal poderia prejudicar os direitos do homoafetivos, deixando de lado as diferenças que cada pessoa possui individualmente. Assim, o princípio da igualdade deve ser visto como uma proibição de discriminação por orientação sexual.

Nesse sentido, assegura Roger Raupp Rios (2001, p. 70) que:

A igualdade formal reconhece a todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual a qualidade de sujeito de direito, não identificando na prática como pessoa heterossexual. Diante do caso concreto, independentemente da orientação sexual da pessoa, a mesma isonomia formal deve ser aplicada no caso. Assim, não há a possibilidade de impedir o deferimento da adoção de uma criança por casais homoafetivos pelo simples fato de sua orientação sexual, por não ser os mesmos heterossexuais.

A existência de preconceitos disseminados na sociedade diante de um problema jurídico, dificulta a materialização de alguns direitos fundamentais do indivíduo, logo, deve existir um esforço maior do Estado para combater tais discriminações. Assim, a análise do contexto da norma no caso concreto é um ato desafiador, tendo em vista os preconceitos existentes na sociedade para com os homossexuais.

É bem verdade que ainda existe, na atualidade, discriminação em relação às pessoas homoafetivas. O maior vilão para que ainda exista essa resistência para com os homoafetivos é o preconceito. A tradicional sociedade impõe que a família deve ser constituída por um casal heteroafetivo, que objetiva o casamento e, por conseguinte, a procriação.

Contudo, para que se tenha a quebra dessa concepção, deve-se analisar a constituição da família pelo prisma do vínculo afetivo, onde há de se reconhecer os relacionamentos interpessoais heteroafetivos ou homoafetivos, pois se trata de pessoas que se amam e possuem o desejo de unir-se e criar seus filhos, e não será a opção sexual que definirá essa vontade e fará surgir esse desejo de amar e cuidar do próximo com amor.

Um ambiente caracterizado pela acolhida se torna um ambiente familiar adequado, onde as pessoas que nela se encontram mostram-se emocionalmente entrelaçadas e, acima de tudo, dispostas a oferecer o melhor abrigo possível ao adotando, proporcionando sua inclusão.

Acerca dessa temática, se posiciona brilhantemente Luís Roberto Barroso (2009, p. 252) ao afirmar que:

O princípio da dignidade da pessoa humana localiza-se no espaço em que é assegurado a todas as pessoas pela sua existência como sendo um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência, e também o desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, pois representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

As relações homoafetivas estão inseridas constitucionalmente como uma forma de entidade familiar. Por ser uma relação familiar, essa dignidade humana como um dos fins do Estado Democrático Social e Constitucional de Direito, incide o respeito aos direitos fundamentais, não só em referência ao Estado, mas, sobretudo, nas relações pessoais como direito de ser reconhecido como pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet, se posiciona no sentido de que (2010, p. 159):

Um Estado ao consagrar em sua ordem constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana parte da premissa de que o homem através de sua condição humana independentemente de qualquer circunstância é titular de direitos que devem ser respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.

Neste sentido, a proteção ao ser humano independe de quaisquer circunstâncias, haja vista a valorização da dignidade humana implicar proteção o ser humano do próprio ser humano, para que aqueles que se encontrem em melhores condições não possam se aproveitar disso para subjugar outros em situação fática pior.

Acerca dessa temática, Marcia Bühring e Mariana Michelin (2010, p. 392) asseguram que:

O princípio da igualdade é suficientemente abrangente para recolher fatores que têm servido de base para não equiparações e preconceitos como a orientação sexual, fazendo com que as pessoas sigam sua orientação sexual. A orientação sexual não pode ser vista como forma de discriminação, visto que o princípio da igualdade serve como base de proteção da livre orientação sexual.

A orientação sexual do indivíduo jamais poderá ser vista como uma forma de discriminação pela sociedade ou pelo Poder Público, exatamente porque o princípio da igualdade serve como base de proteção da livre orientação sexual.

A dignidade da pessoa humana independe de sexo e/ou orientação sexual, na medida em que a dignidade se apresenta como o respeito que cada indivíduo merece do outro, e que se inicia no seio familiar, no qual a educação deve ser voltada para essa conscientização.

O Estado brasileiro deve implementar políticas públicas que conscientizem a popula-

ção no sentido de combater quaisquer formas de discriminação e preconceito, principalmente no que tange a orientação sexual dos indivíduos.

Assim, pode-se perceber que o tratamento igualitário independe da orientação sexual, haja vista a sexualidade ser um elemento integrante da própria natureza abrangendo a dignidade humana, devendo todas as pessoas exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, não admitindo restrições. Até porque a livre orientação sexual tem fundamento no princípio basilar do ordenamento, qual seja, a dignidade humana e na igualdade.

Sem sombra de dúvidas, se o casal possui estabilidade financeira, capacidade e equilíbrio emocional, e capacidade de amar e educar seu filho, a orientação sexual jamais poderá servir de pretexto para impedir tal ato de amor como a adoção. Assim, não há como impedir que os homossexuais não adotem uma criança ou adolescente por ter orientação sexual diferente, que não a heterossexual, eis que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade asseguram tal direito.

A família é, portanto, o núcleo essencial para assegurar o desenvolvimento das prerrogativas do ser humano, sendo esta um instrumento de realização da pessoa humana, eis que toda pessoa necessita de relações de cunho afetivo para se desenvolver e ter uma felicidade plena, além do que não são somente as formas convencionais de união são consideradas entidades familiares, enquadrando as relações homoafetivas também como sendo uma forma de constituição de família prevista na Carta de Direitos de 1988.

Impedir a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, com a negativa por parte do Poder Público da adoção por casais homoafetivos fere frontalmente o princípio da dignidade humana, visto que tal princípio não pode ser criado, concedido ou retirado, já que a dignidade da pessoa humana é reconhecida e atribuída a cada ser humano.

Neste sentido, defende categoricamente Maria Berenice Dias (2009, p. 216) que:

O direito a adoção por casais homoafetivos tem fundamento de ordem constitucional, não sendo possível excluir o direito a paternidade e à maternidade de gays e lésbicas sob pena de infringir o respeito à dignidade humana, pois o mesmo é que sintetiza o princípio da igualdade e da vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

Cumprе esclarecer que a adoção objetiva à proteção da criança e do adolescente de todo e qualquer tipo de violência, preconceito e discriminação. Logo para a concretização de tal objetivo, é necessário observar que a inclusão de uma criança e adolescente no seio de uma família homoafetiva não necessariamente irá prejudicar o desenvolvimento do menor, de acordo com princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Maria Berenice Dias (2009, p. 214), mais uma vez, de forma brilhante, expõe que:

Não há proibição acerca da adoção por casais do mesmo sexo, pois a faculdade de adotar é tanto do homem quanto da mulher e ambos em conjunto ou isoladamente, independentemente do estado civil. Não importando a orientação sexual do mesmo, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança e do adolescente. Não se deve

justificar a adoção de uma criança e adolescente tendo em vista a orientação sexual dos adotantes, pois o princípio da igualdade veda a discriminação por orientação sexual, e sim observar sempre o bem estar e melhor interesse da criança.

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é perfeitamente possível mediante a utilização de mecanismos jurídicos de interpretação somados ao contexto legal que estabelece a pluralidade das formas de organização familiar.

Patrícia Fidelis Dourado (2009, p. 07) esclarece que:

Deixar de dar proteção aos homossexuais é uma flagrante discriminação aos mesmos. Isto porque cada um é livre para escolher sua orientação sexual e qualquer tipo de restrição quanto a isto, configura afronta à liberdade que todo ser humano detém direito. Os homoafetivos possuem, portanto, direitos reconhecidos constitucionalmente que lhe são inerentes.

O combate a quaisquer formas de preconceito e discriminação é uma constante no Estado Brasileiro. Assim, não se deve permitir ou incentivar a discriminação de homossexuais. Até porque o Estado brasileiro tem o dever de proteção aos homossexuais. Neste sentido, quando não há essa proteção devida aos casais homoafetivos, tal ato constitui uma flagrante discriminação aos mesmos.

Ademais, o não reconhecimento da possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo poderem construir uma família, criando laços de amor e carinho, e construindo patrimônio em comum seria negar o princípio da dignidade humana, e ferir por consequência o princípio da isonomia.

Inegavelmente, a Constituição Federal de 1988 assumiu um caráter protetivo de valorização do indivíduo, não importando se este é negro, branco, homossexual ou heterossexual, haja vista a Carta Magna de 1988 ter adotado, em seu artigo 1º, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, tendo como um dos seus objetivos fundamentais, constantes no artigo 3º, a promoção dos bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A vinculação da orientação sexual do adotante para deferimento ou não da adoção por casais do mesmo sexo é inconstitucional, ilegal e, acima de tudo, imoral, pois fere frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação elencados na Carta Magna de 1988.

Em um estado Democrático de Direito, não se tolera nenhuma forma de discriminação ou exclusão. Neste prisma, muito bem elucida Maria Berenice Dias (2009, p. 63), ao afirmar que “enquanto houver segmentos que sejam alvos de exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como pecado, crime e castigo não se estará vivendo em um Estado democrático de direito”.

Neste diapasão, em um Estado Democrático Social e Constitucional de Direito regido pela sua Lei Maior, qual seja, a Constituição Federal de 1988, onde todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros resi-

dentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput), não deve existir, portanto, nenhuma forma de discriminação. Deve-se promover o combate a tais formas de preconceito e discriminações, com o incentivo e promoção da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

Ainda assim, apesar da Constituição Federal assegurar a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, a legislação, seja constitucional ou infraconstitucional, não é capaz de mudar sozinha o cenário de desigualdade e discriminação, mas constitui o marco inicial para as estratégias políticas de enfrentamento e superação das desigualdades de gênero, por meio da materialização ou concretização desses direitos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade muda com o tempo. O ser humano é um ser mutável, que evolui com o passar do tempo. Neste sentido, a ciência Jurídica não pode ficar estática ou a margem das novas relações familiares. Logo, o a ciência do Direito tem que acompanhar as mudanças da sociedade.

A evolução nos moldes das estruturas familiares explicam muitos dos efeitos produzidos nos dias de hoje, onde o objetivo e função das entidades familiares ganharam atenção para o aspecto afetivo. O convívio homoafetivo se transformou em uma das maneiras de se construir família, o que possibilitou a efetivação da adoção de menores baseados em princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do interesse do menor.

As relações homoafetivas, assim como as relações heterossexuais, também são relações que se baseiam no vínculo afetivo, de cuidado, amor, preocupação e respeito entre os membros dessa modalidade de entidade familiar.

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos deve ser um elemento de reflexão e conhecimento para que assegure não só os direitos e garantias aos homoafetivos, mas também que seja alcançada o bem-estar da coletividade com a pacificação social e que se alcance a justiça, sem intimidações e preconceitos, na medida ideal ao menor, principalmente, e aos adotantes, homoafetivos ou não.

A Carta Magna de 1988 significou um importante avanço para a transição da democracia no Brasil. Denominada Constituição Cidadã, esta foi um marco no tocante ao reconhecimento e garantia da materialização dos direitos individuais e sociais de todo e qualquer cidadão.

Com a nova concepção de família, as relações homoafetivas foram englobadas no Direito de Família, sustentando-se a possibilidade de pares do mesmo sexo adotarem, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais, uma vez que nossa legislação não proíbe esse tipo de adoção, pelo contrário, os Princípios Constitucionais citados, a jurisprudência e a moderna doutrina do Direito de Família fortalecem tal intenção.

A adoção, nos dias atuais, objetiva o bem-estar pleno da criança e do adolescente, e não apenas o bem estar do adotante, mas, sobretudo, o melhor interesse da criança adotada, no atendimento de suas necessidades reais e básicas, assegurando seus direitos como um ser em

desenvolvimento.

A adoção representa, portanto, a defesa dos interesses do menor. Nesse sentido, não há espaço para preconceito fundado na não condição de casais homoafetivos criarem a adotando quando estiver presente a vontade de dar uma educação adequada, regada de afeto e amor.

A dignidade da pessoa humana é um princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, sendo um princípio fundamental de todo e qualquer ser humano. As relações homoafetivas são caracterizadas como entidades familiares, logo, igualando-se às uniões estáveis, portanto, não há como indeferir a adoção por casais homoafetivos, haja vista que o princípio da dignidade humana garante essa possibilidade.

A adoção por casais homoafetivos está evidenciada e legitimada por vários princípios constitucionais. Neste sentido, pelo princípio da igualdade, a liberdade da sexualidade é elemento integrante e próprio do ser humano. Ademais, tal princípio é abrangente para reconhecer fatores que têm servido de base para não equiparações e preconceitos.

A construção de um ambiente familiar saudável e equilibrado não se relaciona com a orientação sexual do adotante. Ao contrário, essa vinculação da orientação sexual do adotante para o deferimento ou não da adoção por casais homoafetivos é uma afronta aos direitos fundamentais, sendo tal ato considerado, verdadeiramente, inconstitucional, ilegal e imoral, pois fere os mais elementares princípios fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não discriminação.

Impedir que casais homoafetivos adotem conjuntamente uma criança e/ou adolescente é o mesmo que violar a própria Constituição de 1988, pois os homoafetivos possuem direitos inerentes a própria condição humana a seu favor, portanto, deixar de proteger tais prerrogativas e direitos com base em sua orientação sexual seria uma flagrante discriminação a todos os preceitos constitucionais elencados na Constituição Cidadã de 1988.

O Estado brasileiro tem, portanto, a obrigação de impedir violações aos direitos dos homoafetivos, não só no âmbito público, como também no privado. A violação contra os direitos dos homoafetivos é, com base na Constituição Federal e nos tratados e convenções, uma violação também aos direitos humanos.

Assim, a Carta Magna de 1988 preceitua, em seu artigo 5º, caput, o princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, assegurando a todos igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

A Constituição Federal de 1988 representa, assim, um importante marco no combate as injustiças, discriminações e preconceitos da nova ideia de família contemporânea, constituída sob várias formas ou modelos.

Diante desta nova realidade jurídico e social, não há nenhum óbice legal, no ordenamento jurídico brasileiro, de qualquer natureza para que um casal homoafetivo pleiteie a adoção conjunta. Todavia, o que pode ser considerado ainda como um ponto a ser rebatido quanto ao

assunto são as concepções morais antiquadas e ultrapassadas, baseadas nos moldes da família tradicional, vista no início da evolução familiar, onde o objetivo dessa família é a procriação biológica, juntamente com o preconceito atrelado à uma parte da sociedade que impede de sermos uma sociedade moralmente evoluída.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BÜHRING, Marcia Andrea; Michelon, Mariana. **Amor e afeto- o preconceito da adoção para casais homossexuais**: a lacuna jurídica e social. In: MARIA BERENICE DIAS; ELIENE FERREIRA BASTOS; NAIME MÁRCIO MARTINS MORAES. Afeto e estruturas familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 67, 214-243, abr./ jun. 2004.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual - Aspectos sociais e jurídicos**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. n. 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **O amor não tem sexo**. 2010. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?57,14>> Acesso em: 06 fev. 14.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção por homossexuais**. 2008. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?40,11>> Acesso em: 08 fev. 14.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed.. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

DOURADO, Patrícia Fidelis. **Família Homoafetiva: proteção Jurídica**. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache%3AnG8xqlwfREJ%3Awww.oabdf.org.br%2F-sites%2F900%2F993%2F00000287.pdf+FAM%C3%8DLIA+HOMOAFETIVA&hl=ptBR&-gl=br&sig=AHIEtbRjy7fRsJnNxZPrBe0i7_P8D4dOlw&pli=1>. Acesso em: 20 mar 2014.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática: com comentários à nova lei de adoção**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. rev, e atual por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil; v.1**. 22.ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2007.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais: fronteiras da família da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAMOS, Caroline Félix. **Adoção por casais homoafetivos: a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos**. Disponível em:<http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Caroline_F_lix_Ramos.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. 1ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família: volume 6**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva 2004.

ROSATO, Luciano Alves. **Comentários à lei nacional da adoção- lei 12. 010**, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12. 003 e Lei 12.004. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na**

Constituição Federal de 1988. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003.

ADOPTION FOR COUPLES HOMOSEXUAL LIGHT OF THE PRINCIPLES OF HUMAN DIGNITY AND EQUALITY

ABSTRACT

Human sexuality has always been seen as a taboo. Being male or female has always been the only avenue of expression for bodies throughout human history, however, from the last century that discussion about sexuality and sexual orientation and prejudice that individual's choice acquired new nuances regarding the guarantee of rights and privileges of being human. In this sense, the traditional definition of family or family group acquired new traits over time, and this change also affected the institution of adoption, so the adoption of children by homosexual couples and adolescents is a reality in the national legal system. The adoption by a couple homosexual still raises questions in society, involving prejudice, religion, family law and other cultural aspects. The Federal Constitution of 1988 guarantees that all are equal before the law and that there should be no distinction whatsoever (Art. 5, caput), and even the Federative Republic of Brazil as one of its foundations, the dignity of the human person (art. 1, III, CF/88). Thus, this study aims to examine, through a qualitative approach and literature, using the dialectical method, the achievement of rights of homosexual couples over time, through a historical perspective on the types of the family over time, showing the changes resulting from changing precepts and behavior of society, analyzing the constitutional principles that strengthen the right of homo-affective adoption and the difficulties faced by them.

Keywords: Adoption. Couples. Human Dignity. Family. Homosexual. Equality.