

Adoção homoafetiva: uma análise de sua aplicabilidade e a lacuna legislativa

Homoaffective adoption: an analysis of its applicability and the legal gap

Vahalla Monteiro Gadelha*

Giliard Cruz Targino**

Resumo: Este artigo busca identificar as normas jurídicas que asseguram o direito de adoção por parte dos casais homossexuais no Brasil, considerando a lacuna legislativa existente. A metodologia utilizada nesse artigo possui cunho fortemente bibliográfico como base de todas as questões abordadas, consultando teorias, legislações, projetos de lei e artigos já publicados. A presente pesquisa buscou, na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, os valores jurídicos como influenciadores e influenciados na manutenção do instituto da adoção. Foi abordado, pontos de vistas diversos, os quais giram em torno da lacuna legislativa, acerca dos casais homoafetivos, em paralelo a exposição de princípios constitucionais, que possam influenciar a adoção homoafetiva, buscando se distanciar de preconceitos e religiosidades como forma contrária à garantia de direitos fundamentais a grupos marginalizados. Através do estudo, pode-se perceber que o afeto se porta como mais importante na busca pelo bem-estar das crianças e adolescentes institucionalizadas, do que um formato familiar tradicional, heteronormativo, fato que reforça o direito de casais homoafetivos relacionados à adoção.

Palavras-chave: Adoção, Homoafetividade, Parentalidade, Legislação.

Abstract: This article seeks to identify the legal norms that ensure the right of adoption by homosexual couples in Brazil, considering the existing legislative gap. The methodology employed in this article is primarily bibliographic, drawing upon theories, legislation, bills, and previously published articles. The research examines the Brazilian Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent to identify legal values that both influence and are influenced by the protection of rights. Various perspectives will be addressed, focusing on the legislative gap surrounding homoaffective couples, alongside the elucidation of constitutional principles that may impact homoaffective adoption. The objective is to distance the analysis from prejudices and religious biases, which contradict the guarantee of fundamental rights for marginalized groups. Through this study, it becomes evident that affection plays a more significant role in the pursuit of well-being for institutionalized children and adolescents than adhering to a traditional, heteronormative family structure. This fact further reinforces the rights of homoaffective couples in relation to adoption.

Keywords: Adoption, Homoaffectivity, Parenthood, Legislatio.

Recebido em: 03/07/2023

Aprovado em: 21/12/2023

Como citar este artigo:

GADELHA, Vahalla Monteiro;

TARGINO, Giliard Cruz.

Adoção homoafetiva: uma análise de sua aplicabilidade e a lacuna legislativa. **Revista da Defensoria Pública do**

Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 3, 2023, p. 77-91.

* Universidade Federal de Campina Grande.

** Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (2018). Professor da Unidade Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Campina Grande.

Introdução

A Família é a primeira instituição criada e, conseqüentemente, a primeira instituição com que o indivíduo tem contato. A palavra família designa grupos sociais e instituições que sofrem modificações no decorrer dos séculos, e é responsável pela formação inicial das crianças e pelo primeiro contato humano com costumes estabelecidos. Ao enxergar-se a criação da família como uma construção humana, seus costumes tornam-se mutáveis, visto que a humanidade está em constante adaptação e transformação, tornando o conceito de família, assim, constantemente evolutivo (ZAMBRANO,2006).

Ao adentrar-se na contemporaneidade, é possível identificar cada vez mais, novas configurações de família, as quais não se baseiam mais em uma formulação estabelecida pela religião ou pelo passado costume e que colocam as famílias heteronormativas como um dos diversos núcleos familiares, não mais como único exemplo a ser seguido e mantido. Dessa forma, o modelo heteronormativo de família não é mais o único núcleo a necessitar de regulamentação legal para estabelecimentos de direitos e deveres sociais e individuais a fim de garantir, principalmente, os direitos individuais de seus entes (DIAS,2009).

Apesar da união homoafetiva ter sido igualada a uma união estável heteronormativa pelo STF, de forma a estabelecer direitos e deveres entre os cônjuges como o direito sucessório e a alimentos, não houve ainda a igualdade quanto as suas constituições familiares (DIAS,2009).

O negacionismo em relação à efetivação de determinados grupos familiares se apoia no art.226, §3º da Constituição Federal, o qual estabelece como entidade familiar, para efeito de proteção estatal, apenas a união entre homens e mulheres. Entretanto, o mesmo artigo, em diferentes parágrafos, aborda um valor a ser protegido, relacionado aos princípios da dignidade humana e da isonomia, os quais devem permitir total amparo constitucional às uniões homoafetivas (BRASIL, 1988).

Com base no exposto anteriormente, o presente artigo, focaliza-se, na ausência legislativa como empecilho para a garantia dos direitos da criança e dos adolescentes institucionalizados, bem como dos direitos civis de indivíduos que desejam constituir família. Dessa maneira, analisou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, em paralelo com o código civil e a Constituição Federal Brasileira, e seus princípios implícitos ou não, como meio de demonstrar que a omissão legislativa, não impede a adoção homoafetiva, tanto quanto a permite. Isso ocorre, mesmo com a nova Lei de Adoção em 2017, que buscou determinar prioridade o interesse do menor no processo de adoção,

não houve modificação no que se refere a positivação dos direitos adotivos dos casais homossexuais, o que abre espaço para jurisprudências e medidas positivas, quanto aos direitos familiares gerais, dos tribunais e as jurisprudências baseadas no conceito democrático, que foram estabelecidas.

Por fim, a pesquisa caracteriza-se, quanto ao objetivo geral, como uma pesquisa descritiva, baseada no método dedutivo, com abordagem predominantemente qualitativa focada nos valores jurídicos, na liberdade, igualdade e justiça, de cunho bibliográfico e documental. As técnicas utilizadas fundamentaram-se em coletas documentais, e na observação de decisões dos tribunais brasileiros para a obtenção de dados. As obras utilizadas na pesquisa como fonte de conteúdo, foram publicadas em português e inglês, mas esta pesquisa teve grande influência da obra: “O Direito à homoparentalidade: Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais” da autora Elizabeth Zambrano.

1. Os princípios constitucionais unidos ao princípio do melhor interesse da criança

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, devem proteger a dignidade humana, por isso, ao defender a liberdade dos indivíduos, os princípios constitucionais devem proteger também, a orientação sexual dos cidadãos. A Carta Magna estabelece as diretrizes sociais a serem seguidas, constrói os valores amparados na Lei e, por possuir forte poder normativo, é de grande relevância para o reconhecimento de princípios e essencialidades dos direitos fundamentais. Os princípios gerais presentes na Constituição de 1988 reforçam valores que não estão necessariamente explícitos, o que abre a possibilidade de interpretação capaz de regular situações e normalizá-las, mesmo que essas não estejam detalhadas na Lei (PESSANHA; OLIVEIRA, 2012).

Logo, a inexistência de uma norma que regule a adoção de crianças por casais homoafetivos torna essa realidade refém de possíveis jurisprudências e interpretações que não possuem embasamento legal e não serão satisfatoriamente justas. Observa-se, como modelo exemplificativo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas aos relacionamentos entre homens e mulheres, mas ainda não garantiu o direito ao casamento e a adoção com legislações. Dessa maneira, recorre-se aos princípios constitucionais e a

jurisprudências, que funcionam como precedentes, para que adoções por casais homoafetivos sejam concedidas (ALMEIDA;2017).

O princípio da afetividade é considerado um dos princípios constitucionais implícitos da Constituição de 1988, pois não existe em forma expressa, mas seria uma consequência do princípio da dignidade humana, visto que busca o bem-estar dos indivíduos (PESSANHA; OLIVEIRA,2012).

O Brasil como Estado Democrático de Direito, conforme apresentado no art.1º, inciso III da Constituição Federal estabelece princípios que garantem a integridade humana. Essa integridade é mantida constitucionalmente com a aplicabilidade dos princípios da Isonomia e da Dignidade Humana, visto que a Isonomia estabelece o tratamento desigual entre as pessoas como inconstitucional ao consagrar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Entretanto, a igualdade disposta no artigo 5 da CF/88, não abrange toda a desigualdade presente entre os diversos indivíduos, o que impossibilita a aplicação plena do princípio da Isonomia (BRASIL,1988).

Assim, surge a possibilidade da utilização de uma igualdade material, buscando a equidade, que seria a proporcionalidade da igualdade, como definiu Aristóteles. Este por sua vez reconhece as diferenças entre os indivíduos nas ações e realidades cotidianas. Assim, a lei prevendo que não existiria nenhuma forma de privilégio entre as pessoas, garantiria a população LGBTQIANP+ os mesmos direitos, previstos em Lei, que todos usufruam ao levar em consideração as diferenças de cada grupo social, buscando a equidade (FILHO,2017).

O Princípio da Isonomia impõe que a diferenciação entre indivíduos seja razoável, possuindo um fim legítimo, e, através dessa análise, entende-se que não há motivos concretos que possuam poder de negar, a casais homoafetivos, a adoção de crianças simplesmente por existir uma união fomentada por pessoas de mesmo sexo, já que se equivalem, em todos os outros aspectos, a casais heteroafetivos (FILHO,2017). Desse modo compreende-se que:

Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do estado é fazer “distinção odiosa”, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo (SUANNES, 1999; DIAS, 2009)

Assegurando a integridade e a igualdade entre todos os indivíduos, o Princípio da Dignidade Humana serve tanto para colocar limites em ações estatais como em ações

discriminatórias de qualquer natureza. Assim como qualquer outro princípio, o Princípio da Dignidade Humana pode ser relativizado, com base em diversas interpretações, mas não deve ser usado como meio de discriminação de uma minoria ou de qualquer grupo. Essa possibilidade interpretativa, fornece a casais homoafetivos o poder de reivindicar todos os direitos familiares que desejem, como forma de assegurar sua própria dignidade, fundamentando-se em princípios como o da Dignidade Humana e no Preâmbulo da CF/88 que dispõe o seguinte:

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

Entende-se que a Constituição Federal não distingue a família heteroafetiva da homoafetiva, com isso, não existem, legalmente, motivos que impossibilitem o exercício de parentalidade por casais homoafetivos através da adoção. Negando pedidos de adoção, de entidades familiares formadas homoafetivamente, os representantes estatais negam à criança e ao adolescente, o direito de serem colocados em um lar substituto, e a convivência familiar. Além disso, as atitudes desses representantes estatais, colidem com o art. 3º, inciso I da CF/88, que afirma a necessidade de construir uma sociedade justa (BRASIL, 1988). Ao violar os direitos e os princípios da dignidade da pessoa humana, e da isonomia, ao mesmo tempo em que perdem o foco do princípio do melhor interesse da criança (PESSANHA;OLIVEIRA,2012).

Isso pois, por melhores que sejam os tratamentos destinados a atender as necessidades das crianças e adolescentes institucionalizados, esses cuidados sempre serão realizados de forma generalizada, coletiva, nos lares de acolhimento, sem individualidade, e atenção específica necessária para cada menor, ou seja, não é do melhor interesse da criança permanecer institucionalizada (DIAS,2009).

O princípio do melhor interesse da criança surgiu da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizada em 1988, na Assembleia Geral das Nações Unidas, estabeleceu-se a partir da convenção, o mínimo de direitos que devem ser garantidos às crianças e incluídos nas leis dos países participantes. Como consequência, o Brasil através do Decreto nº 99.710/90, incluiu o princípio do melhor interesse da criança no sistema jurídico brasileiro. A inclusão desse princípio,

se encaixa na Doutrina da Proteção Integral (art. 1º do ECA), garantindo a proteção integral da criança e do adolescente, além de que, garante o direito fundamental de receber melhores condições materiais e morais, como prevê o artigo 227 da CF, até alcançar a maioridade (IBDFAM,2015).

Desse modo, a partir da Doutrina da Proteção Integral, a criança passa a ser um sujeito de direitos, o que lhe garante direitos juridicamente protegidos, independente de qualquer diferença de cor, raça, orientação, entre outros. Estabelece-se, também, que seus direitos de personalidade, e seus direitos individuais e coletivos tornam-se o centro das relações parentais, diferente do que ocorria anteriormente. Compreende-se assim, que a criança e o adolescente como sujeito de direito, possui necessidades a serem supridas para que tenham seus direitos como algo a ser respeitado e concretizado (GAMA,2003).

2. O estatuto da criança e do adolescente e a irrelevância da orientação sexual para a adoção

O Código civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, não expõem referências que impossibilitam a adoção de crianças por casais homoafetivos, mantendo sobreposição da Constituição Federal de 1988, a qual torna proibido qualquer forma de discriminação. Entretanto, a prática destoa da teoria, e muitos casais homoafetivos não conseguem prosseguir com processos de adoção ou sentem-se desencorajados a entrar com pedidos de guarda de crianças institucionalizadas (PESSANHA;OLIVEIRA,2012).

A legislação brasileira permite a adoção de menores, por pessoas solteiras, independente de suas orientações sexuais, mas por um estigma preconceituoso, casais homossexuais, encontram mais dificuldade em conseguir participar do processo de adoção. Resultado disso, é que muitos casais optam por realizarem adoções unilaterais, que se tornaram mais frequentes, mesmo com tantos casos de deferimento de adoção por casais homoafetivos em primeira instância, visto que a adoção se torna mais rápida e eficaz seguindo a unilateralidade. Muitos casais omitem suas orientações, com receio de serem impedidos de construir suas famílias, em consequência de preconceitos, que podem estar intrínsecos em assistentes sociais, magistrados, e na sociedade. Preconceitos esses, reforçados, por crenças religiosas que influenciam de forma errônea um Estado Laico, principalmente, pelo desamparo legal que acaba por não reprimi-la. Isso pois, pessoas solteiras, podem adotar crianças a partir do momento em que cumpram com os requisitos e

medidas de prevenção a serem seguido, independente de dúvidas quanto à orientação sexual, a adoção não pode , em qualquer hipótese, ser relacionada a qualquer orientação sexual ou identidade de gênero do adotante, principalmente ,ao levar em consideração o contingente de crianças institucionalizadas (IBDFAM,2015).

O ponto problematizador, é a diferença de tratamento processual de acordo com a orientação sexual, que em nada interfere em habilidades e capacidades parentais, visto que, a adoção, como ato jurídico em que se consequência relacionamentos que independem de traços biológicos. Para Diniz (2010, p. 337):

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha.

Na prática jurídica, a criança adotada unilateralmente, tem seus direitos restringidos, pois o pai ou mãe que não consta em sua certidão, mesmo no cotidiano cumprindo totalmente seu papel, não é visto juridicamente como um responsável pela criança em questão. Dessa maneira, o adotado não atribui os direitos sucessórios dos dois pais ou mães, mas apenas do que consta como seu familiar na certidão, ocorrendo uma descaracterização ao que deve ser garantido pelo Direito de Família (ZAMBRANO,2009).

Desse modo, torna-se mais vantajoso para o adotado, a adoção por um casal, independentemente de sua orientação sexual, do que por um único adotante juridicamente e afetivamente, já que os vínculos podem ser mantidos e protegidos com base no Direito de Família.O direito à convivência familiar, é relevante pois é através deste, que ocorre o desenvolvimento individual e social da criança e do adolescente, que por estar institucionalizada, tem seu psicológico e necessidades básicas e desenvolvimentistas restringidas e prejudicadas, principalmente pela ausência de relações afetivas duradouras (PESSANHA;OLIVEIRA,2012).

Seguindo a emenda número 65 do art. 227, da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade à dignidade, a liberdade, a convivência comunitária e familiar, além de colocadas a salvo de discriminação, negligência e opressão” (BRASIL, 1988).

O Estatuto da criança e do adolescente estabelece, em seu artigo 19, que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado, e educado no seio da sua família, e, excepcionalmente, em

família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Além disso, o ECA em seu art.42 expõe que qualquer indivíduo maior de 21 anos tem o direito de adotar, independente do estado civil (BRASIL,2009).

Observa-se que, a CF/88 e o ECA não estabelecem qual deve ser a formação da família substituta, bastando que os requisitos legais, apresentados nos artigos 39 e 55 do ECA, sejam seguidos. Avalia-se assim, que casais homoafetivos podem receber guardas, sem nenhuma implicação legal, tendo em vista que, o Estatuto da Criança e do adolescente, expõe em seu art. 4º, §2º a possibilidade de casais em uniões estáveis, adotarem crianças, com a condição de que o adotado não sofra qualquer prejuízo, e não especifica a orientação sexual dos adotantes (IBDFAM,2018).

Baseando-se no art. 3º, inciso IV, da CF, qualquer discriminação seria inconstitucional, visto que, o artigo afirma, a necessidade de promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Novos arranjos familiares são vistos negativamente por parcelas sociais, pois destoam da figura da “família tradicional”, por isso, “Não se pode estabelecer aptidão/capacidade nos cuidados com uma criança baseando-se na orientação sexual do adotante” (FUTINO; MARTINS,2006).

Seguindo perspectiva semelhante, Maria Berenice Dias ressalta 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.

O enfoque na orientação sexual dos futuros responsáveis, pode tirar, muitas vezes, o foco das crianças e adolescentes que possuem o direito a uma família. Ressalta-se ainda que a adoção homoafetiva deve ser estabelecida, não apenas com o objetivo de retirar as crianças institucionalizadas de abrigos e inseri-las em famílias, mas de cumprir com a constituição em seu princípio democrático e isonômico (FILHO,2017).

As famílias homoafetivas não devem ser a última opção, mas sim, uma das opções de promover o bem estar de crianças e adolescentes e garantir os direitos individuais, como aborda o trecho a seguir:

A heterossexualidade dos pais não é garantia de quase nada, ou seja, não é a orientação sexual dos pais que vai garantir a integridade das crianças, mas a personalidade deles e a forma como lidar com as necessidades infantis e seu sensível modo de construção (SUANNES, 2008).

O ECA, no seu artigo 28, estabelece que a criança possui o direito de convivência familiar, mas não determina sua composição, o que não exclui os casais homoafetivos. Por outro lado, o seguinte artigo 19, também do ECA, expõe que a criança não pode ser inserida em um ambiente em que: “a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”, o que abre possibilidades de interpretação preconceituosa por parte de juízes e assistentes sociais, acerca do que seria um ambiente familiar adequado (BRASIL, 1990). Entretanto, as interpretações podem ser facilmente desconsideradas, a partir de pesquisas afirmando que:

Não são conhecidos fatores psicológicos vinculando o exercício da parentalidade à orientação sexual da pessoa. Ao contrário, estudos realizados nas culturas anglo-saxã e latino-europeia, apontam que indivíduos ou casais homossexuais estão aptos a exercer tanto a paternidade quanto a maternidade. (...) Cada caso tem a sua particularidade, porém, perversão e perversidade, inadequação e patologia não são prerrogativa das pessoas com orientação homossexual, podendo ser encontradas nos indivíduos heterossexuais que carreguem em si inadequações atitudinais e comportamentais, capazes de se refletir na criação dos filhos, quando não se voltam contra eles (MOTTA, 2010).

3. O instituto da adoção brasileira e sua jurisprudência

A semelhança entre as famílias heteroafetivas e homoafetivas existe, e seus direitos precisam ser equiparados. Essa compreensão fundamenta jurisprudências realizadas, mesmo com a omissão legislativa, por diversos tribunais nacionais, que têm o dever de garantir o exercício da constituição (ALESSI, 2011).

Como abordado anteriormente, os parâmetros para adoção são determinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que após alterado em 2009, pela lei 12.010, em seu artigo

42, estabelece o deferimento de adoções, e não demonstra qualquer relação com a orientação sexual dos adotantes (IBDFAM, 2015).

Ressalta-se, ainda, que a heteronormatividade presente na sociedade, insiste em não aceitar o que o artigo 43, do ECA, estabelece, pois o mesmo assegura deferimento da adoção, quando a mesma apresentar vantagens para o adotando (BRASIL, 2009).

Contudo, as diversas dúvidas acerca do desenvolvimento sadio da criança, da ausência de referências comportamentais dos dois sexos, e danos psicológicos atrelados a dificuldade de inserção social, apesar de influenciarem o judiciário, não são determinantes para as resoluções a favor da comunidade LGBTQIANP+ (IBDFAM, 2015).

O primeiro caso registrado aconteceu no Estado de São Paulo, em que um casal de dois homens deu entrada no processo de adoção, o juiz Júlio Domingos, lhes concedeu o direito de entrarem na lista de espera em 2004, e em 2006, o casal que estava em uma união estável a 10 anos conseguiu adotar uma criança. Outro caso, ocorreu no Rio de Janeiro, em que a Vara da Infância e Juventude, concedeu a permissão, pela primeira vez, a um casal de mulheres de adotarem uma criança em conjunto (IBDFAM, 2015).

Com o passar dos anos, a movimentação e o posicionamento do judiciário, evidenciam certas jurisprudências, visto que, a omissão legislativa não evitou o reconhecimento de direitos, como a decisão do Supremo Tribunal Judiciário do Rio Grande do Sul, que se posicionou com o seguinte argumento:

Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade, por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos conforme preceitua o artigo 43 do ECA (BRASIL, 2011).

Em outro julgamento do STJ, no Rio Grande do Sul, a ministra Nancy Andrighi expõe que:

A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe

como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável, se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é a fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abarcados, em igualdade de condições (BRASIL,2011) .

Nos dois casos acima, foi reconhecido o direito de famílias homoafetivas de praticar tal ato jurídico para constituir família, garantindo o cumprimento do ECA e equiparando os indivíduos nos referidos processos a qualquer outro, com o mesmo desejo e interesse. Ressaltou-se nos casos acima, que não há provas científicas de prejuízos emocionais e psicológicos a criança, por não existir necessariamente, referências dos dois sexos em sua criação e, de forma a intervir de maneira positiva nos direitos da referida comunidade, ainda se acrescentou o princípio do melhor interesse da criança, como forma de reforçar a necessidade de tal decisão, ao citar o artigo 43 do referido estatuto.

Entretanto, anos após essas decisões serem realizadas de forma legal e buscando garantir o melhor interesse da criança, foi necessário que a ministra do STF, Carmen Lúcia, em 2015, reafirma-se a postura do Supremo Tribunal Superior, autorizando um casal gay a adotar uma criança independentemente da idade, afirmando a maleabilidade do conceito de família, depois do caso ter sido questionado pelo Ministério Público do Paraná (PESSANHA; OLIVEIRA,2012).

No entendimento de Carmen Lucia, o conceito de família, com regras de visibilidade, continuidade e durabilidade, também pode ser aplicado a pessoas do mesmo sexo, justificando que o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçadamente preconceituoso ou homofóbico (RITCHER, 2016).

Dessa maneira, compreende-se que a ministra do STF, mesmo responsável por fazer valer uma constituição com característica conservadoras, decidiu por concretizar princípios igualitários e democráticos em respeito a esta mesma constituição, demonstrando um incentivo e abrindo maiores chances de decisões semelhantes a que tomou, independente da positivação expressa, visto que, as jurisprudências tornam-se precedentes para outros casos e processos similares.

4. Conclusão

Com base no que foi apresentado neste artigo, a inexistência do processo adotivo se caracteriza pela falta de um objeto, como quando o adotando não é considerado apto ao exercício familiar. Essa falta de capacidade, não é relacionada a orientações sexuais, o que reforça o direito, e a possibilidade da adoção homoafetiva. A jurisprudência citadas, por exemplo, demonstram que essa correlação com a orientação sexual das pessoas, como algo irrelevante, ao fazer a equiparação da união homoafetiva com as heteronormativas.

Além disso, consecutivamente, abre-se espaço para a possibilidade desta ser as relações homoafetivas, considerada entidade familiar, sem qualquer tipo de distinção, o que os permite requerer adoções em conjunto, sem que sejam discriminados pelo sistema. Com isso, pratica-se os princípios constitucionais, já que, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e todos os indivíduos merecem proteção estatal.

A jurisprudência advinda tanto do Supremo Tribunal Superior, como do Supremo Tribunal Federal, criou precedentes suficientes para superar o artigo 42 do ECA, ao que se refere à necessidade de os adotantes serem casados ou partes de uma União estável, como foi o caso do processo realizado no Rio Grande do Sul em 2011. Entretanto, por ser a jurisprudência apenas um precedente, esta não garante completamente o direito adotivo de casais homoafetivos, visto que, as jurisprudências são realizadas para casos específicos, e ocorrendo diferenciação entre casos e circunstância das já existentes, a composição dos tribunais e as opiniões diversas de juízes pode interferir na garantia de constituição familiar dos referidos casais, e consequentemente atrasar ou impedir, a convivência familiar a que as crianças institucionalizadas têm direito.

Logo, a adoção homoparental, é totalmente possível, mas cabe analisar a fundo e permitir cada vez mais o deferimento de adoções por indivíduos que se provarem responsáveis e competentes, independentemente de estarem dentro ou não de uma união estável. Conclui-se que os casais e indivíduos homoafetivos conseguem adotar, mas a jurisprudência não pode ser a única forma de garantir esse direito, visto que, as variáveis de um processo para o outro podem ser usadas como justificativa para a não aplicação de determinada prerrogativa. Atrelado a isso, a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, não sendo definida a conformação dessa família, garante que tanto um indivíduo ou um casal, independentemente de sua orientação sexual, se enquadre para deferimento de um pedido de adoção, como pontua Luiz Edson Fachin.

Por fim, convém declarar que a ausência de legislação regulamentadora, infringe direitos e precisa ser corrigida, pois mesmo com os avanços do sistema judiciário, demonstrando ser a adoção homoafetiva juridicamente possível, a Lei expressa, precisa se estender a todos os indivíduos nacionais, independente de costumes e idealizações tradicionais acerca da família. Assim, para que exista de fato um Estado Democrático de Direito, precisa ser incluído na grade curricular das escolas de forma séria e coerente a instrução acerca de gênero e sexualidade, que em nada se refere à atos sexuais, mas sim, a conscientização e normalização acerca das diferenças e direitos individuais.

Referências

ALMEIDA, J. F. de. Adoção por pares homoafetivos no Brasil. Jus Navigandi. Acesso em: 12 jan. de 2023.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: famílias. 2010. Disponível em: Scielo-Brasil. Acesso em: 12 jan. de 2023

ALESSI, Dóris de Cássia. Teoria Geral do Direito - Ensaio sobre dignidade humana e fraternidade. 1 ed. São Paulo 2011. Disponível em: A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi. Acesso em: 13 de jan. de 2023

AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A Natureza Jurídica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sua Harmonização e Aplicabilidade no Ordenamento Brasileiro. Disponível em: Revista de direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.10, p.38-87, jul./dez.2011. Acesso em: 25 de fev. de 2023.

BBC, 2014. BBC Brasil. Deputados uruguaios aprovam adoção por casais homossexuais Acesso em: 08 de fev. de 2023

BRASIL. 1990. Disponível em: L8069 (planalto.gov.br). Acesso em: 8 de dez. de 2022.

BRASIL. 2002. Código Civil. Disponível em: L10406 compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 8 de de. de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acesso em: 8 de dez. de 2022.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: L8069 (planalto.gov.br) Acesso em: 8 de jan. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 820475/RJ. 4ª Turma julgadora. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Data do julgamento em 02/09/2008. Data da publicação em 06/10/2008. Disponível em: STJ Acesso em: 8 de dez. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815. Disponível em: stf.jus.br/portal/. Acesso em: 8 de dez. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Disponível em: stf.jus.br/portal/. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em: stf.jus.br/portal/. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial n. 24564. Relator. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 01/10/2004. Data da publicação em 01/10/2004. Disponível em: tse.jus.br. Acesso em: 10 out. 2009.

CARBONERA, Maria. Guarda de Filhos: O Sentido da Relação entre Seus Sujeitos e os Critérios de Estabelecimento na Família Constitucionalizada. 1999. Disponível em: Microsoft Word - Texto unificado.doc (ufpr.br). Acesso em: 23 dez. de 2022.

COAD. Adoção: Pedido de casal homossexual é deferido pela Justiça gaúcha. 2011. Disponível em: COAD - Adoção: pedido de casal homossexual é deferido pela Justiça gaúcha. Acesso em: 10 de dez. de 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Salvador: Juspodivm; 15ª edição, 2022.

DIAS, Maria Berenice. Família além dos Mitos. Disponível em: <https://direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em: 23 dez. de 2022

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Acesso em: 23 dez. de 2022

FILHO, Adilson. 2017. Adoção Homoparental, um direito omitido, reivindicado por famílias invisíveis. Cadernos de Gênero e Diversidade. Disponível em: (ufba.br). Acesso em: 10 de jan. de 2023.

FUTINO, R. S; MARTINS (2006). Adoção por homossexuais: Uma nova configuração familiar sob os olhares da Psicologia e do Direito. Aletheia, 24, 149-159. Disponível em: Adoção por homossexuais: uma nova configuração familiar sob os olhares da psicologia e do direito (bvsalud.org) Acesso em: 23 dez. de 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HASSE, Ricardo Beier. O instituto da adoção no Direito Brasileiro. Disponível em: O instituto da adoção no Direito Brasileiro. Jusbrasil. Acesso em: 17 de dez. de 2023

IBDFAM, 2015. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. Disponível em: IBDFAM: Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. Acesso em: 20 de fev. de 2023

IBDFAM, 2018. Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar. Disponível em: IBDFAM: Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar. Acesso em: 20 de fev. de 2023

LACERDA, Gustavo. Laicidades e Repúblicas: as Liberdades Face à religião e ao Estado. 2008. Disponível em: (Microsoft Word - Gustavo Biscaia de Lacerda - Rep\372blica e laicidade - Anpocs 2009) (ufrrj.br). Acesso em: 24 de fev. de 2023.

MOTTA, Maria. Compartilhando a Guarda no Consenso e no Litígio. Disponível em: Maria Antonieta - Compartilhando a guarda no consenso e no litígio (ibdfam.org.br)

PESSANHA, Ana; OLIVEIRA, Deymes. A adoção por casais homoafetivos. Revista Eletrônicas de Iniciação Científica. Disponível em: www.univali.br/ricc. Acesso em: 15 de dez. de 2022.

RICHTER, André. Ministra do STF Reconhece Adoção de Criança por Casal Homoafetivo. 2016. Disponível em : agenciabrasil Acesso em: 12 de jan. de 2023.

SANTOS, José; ARAÚJO, Ludgleydson; NEGREIRO, Fauston; SANTOS, Elder. Adoption of Children by Homosexual Couples: The Social Representations (Adoção de Crianças por Casais Homossexuais: As Representações Sociais). 2018. Disponível em: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> Acesso em: 22 de fev. de 2023

SILVA, Lucas. Adoção Homoafetiva: Surgimento de uma nova família. 2018, Anápolis. Disponível em: Monografia - Lucas Montalvão.pdf (aee.edu.br). Acesso em: 12 de jan. de 2023.

SUANNES, C. A. M. (2008). A sombra da mãe: um estudo psicanalítico sobre identificação feminina a partir de casos de Vara de Família. Saúde Ética & Justiça, 13(2), 104-105. <https://doi.org/10.11606/issn.2317-2770.v13i2p104-105>

STRAPAZZON, Carlos; COSTA, Silvana. Incorporação dos Tratados Internacionais do Ordenamento Jurídico Interno. 2014. Unesco International Legal Seminar Acesso em: 22 de fev. de 2023

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos. São Paulo, 1991. Disponível em: SciELO - Brasil - Resenha da obra International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium, de Antônio A. Cançado Trindade Resenha da obra International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium, de Antônio A. Cançado Trindade Acesso em: 22 de fev. de 2023

ZAMBRANO, Elizabeth. O Direito à Homoparentalidade: Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. 2009.