

O não reconhecimento da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de discriminação contra a criança e o adolescente

Rozangela Valéria Cardozo

Servidora do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

Resumo: Este artigo apresenta a questão da possibilidade de adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de tutelar os direitos da criança e do adolescente. Será demonstrado que, nos casos em que o adotado é criado por casal do mesmo sexo, o não reconhecimento jurídico dessa situação trará discriminação em relação ao tratamento que é dado aos adotados por pais heterossexuais. Tal discriminação é inaceitável, pois fere, de forma gritante, o texto constitucional, bem como é contrária às mais elementares normas de proteção à dignidade humana.

Palavras-chave: Adoção conjunta. Homoafetivos. Proteção. Criança e adolescente.

Abstract: This essay presents the question of the possibility of joint adoption by homosexual couples as a way to protect the rights of children and teenagers. Will be shown that in cases where the adoptee is created by a homosexual couple, the absence of legal recognition of this situation will bring discrimination if we compare the treatment that is given to those adopted by parents heterosexuals. Such discrimination is unacceptable, it goes completely against Constitution and the basic human right protection of dignity.

Keywords: Adoption. Homoaffective. Protection. Children and teenager.

Sumário: 1 Introdução. 2 Noções gerais acerca da adoção. 3 Adoção “à brasileira” feita por casais homoafetivos. 4 Direitos garantidos a crianças e adolescentes adotados por pais heterossexuais, mas que não são usufruídos pelos adotados por pais homoafetivos. 5 A impossibilidade da adoção conjunta por casais do mesmo sexo como forma de discriminação contra a criança e o adolescente. 6 Princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. 7 A não permissão da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de violação ao princípio da prioridade absoluta. 8 Considerações finais.

1 Introdução

Sempre que a possibilidade do reconhecimento da adoção conjunta por pais homoafetivos vem à baila, o tema é analisado levando-se em conta apenas o direito que os homossexuais têm de receber tratamento igualitário, podendo desfrutar dos mesmos direitos que os heterossexuais.

Acaba-se, assim, por se esquecer dos que são mais prejudicados na situação: as crianças e os adolescentes.

Neste artigo, será demonstrado que o não reconhecimento da adoção conjunta criará uma situação de discriminação para o próprio adotado, que será privado de direitos que de pronto seriam dados caso os adotantes fossem de sexos diferentes.

Como no Brasil não há, e nem poderia haver, nenhuma norma que proíba a adoção por pessoa homossexual, é muito comum que apenas um do casal se habilite à adoção e acabe sendo juridicamente o único adotante, quando, na prática, ambos exercem os papéis parentais.

Por não haver o reconhecimento jurídico dessa situação, o adotado ficará privado de direitos em relação ao que exerce de fato o papel parental, mas não é juridicamente reconhecido como tal.

Também será demonstrado que, independentemente das opiniões pessoais acerca da homossexualidade, torna-se mister resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, já que a própria Constituição a eles garantiu prioridade absoluta.

2 Noções gerais acerca da adoção

A adoção é uma espécie de ficção jurídica que permite a duas pessoas ter uma relação de filiação, independentemente dos laços biológicos. Maria Berenice Dias (2009) conceitua o instituto como

um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial, criando um vínculo fictício de filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que existe na filiação biológica, tendo os filhos adotivos os mesmos direitos e deveres que qualquer filho.

Não obstante o conceito de adoção manter-se constante ao longo do tempo, é certo que a forma como foi vista pelo ordenamento pátrio sofreu significativas modificações. Prova disso é que o instituto começou a ser usado no Brasil nos moldes clássicos, ou seja, o objetivo era dar um filho para um casal que não poderia tê-lo pelas vias naturais, portanto, a preocupação principal era dar um filho a um casal, e não uma família a uma criança.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou-se a ter o bem-estar destes como o principal foco. Assim, o objetivo da adoção passou a ser dar uma família para um órfão, e não o contrário, como ocorria.

Atualmente, impera em todos os campos, o que obviamente inclui a adoção, o princípio do melhor interesse para a criança e o adolescente, bem como o princípio da prioridade absoluta, o que faz concluir que a adoção sempre deverá levar em consideração o que for melhor para o adotado.

3 Adoção “à brasileira” feita por casais homoafetivos

Não há, no ordenamento brasileiro, nenhuma norma que proíba a adoção feita por pessoas homoafetivas. Isso não é de se estranhar, pois qualquer lei que assim o dispusesse estaria claramente afrontando o princípio da igualdade, constitucionalmente

tutelado. Contudo, fatores culturais ainda geram na sociedade muita dificuldade de aceitação das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, e esta dificuldade é bem visível na aplicação do Direito, especialmente quando se fala na possibilidade de adoção conjunta por esses casais.

Apesar de não haver nenhuma norma proibindo a adoção conjunta, também não há norma alguma que a permita abertamente, o que transfere aos tribunais a incumbência de decidir, no caso concreto, qual a melhor solução.

Sabendo que muitos magistrados ainda não estão abertos para aceitar esse novo modelo de organização familiar, muitos homossexuais, em vez de pleitear em juízo a possibilidade de adotarem conjuntamente, já que o risco de não conseguirem é imenso, optam por fazer o que denominamos de “adoção à brasileira” por casais homoafetivos.

Essa “adoção à brasileira” consiste nos frequentes casos em que apenas um dos dois se habilita para a adoção, declarando-se solteiro e muitas vezes escondendo sua orientação sexual, com medo de que isso dificulte o processo.

Caso a adoção seja deferida, apenas aquele que se inscreveu é que será considerado pai ou mãe da criança ou adolescente, não obstante, na prática, os dois exercerem juntos tal papel. Tem-se, por óbvio, que, nesses casos, o Estado estaria ignorando uma situação que existe de fato.

Uma demonstração da existência de tais relações é o Processo n. 243/2006, julgado pela exma. juíza de direito Sueli Juarez Alonso, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Catanduva-SP. No referido processo, o senhor Dorival de Carvalho Junior ajuizou pedido de adoção da menor T. R. G. (então com 12 anos de idade e que contava com 4 anos e 5 meses na data da adoção), já que a criança foi adotada por seu companheiro, o senhor Vasco Pedro da Gama, com o qual vivia relacionamento afetivo há 14 anos.

Na prática, a família era constituída pelo senhor Dorival, o senhor Vasco e a criança T., o que significa que tanto Dorival

quanto Vasco assumiam as funções de pai, contudo, apenas o segundo era juridicamente considerado como tal. No referido processo, o Ministério Público manifestou-se contrário à adoção conjunta, usando como fundamento o art. 1.622 do Código Civil, que preceitua: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem *marido* e *mulher*, ou se viverem em união estável” [g.n.]. Como o casal é do mesmo sexo, entendeu o *Parquet* que não haveria tal possibilidade. No entanto, a magistrada, alegando a prevalência dos direitos da criança, deferiu o pedido de adoção conjunta, constando até mesmo na certidão da criança o nome dos dois pais.

Assim como a douta magistrada, nesse caso, reconheceu a possibilidade da adoção conjunta, muitos foram os juízes que em outros julgados a indeferiram.

Após a decisão recente do Supremo Tribunal Federal, que garantiu o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, bem mais fácil será o deferimento de pedidos como o acima narrado, contudo, o ideal seria que o legislador regulasse a questão, reconhecendo legalmente o que já existe de fato.

4 Direitos garantidos a crianças e adolescentes adotados por pais heterossexuais, mas que não são usufruídos pelos adotados por pais homoafetivos

O grande problema de não se regularizar juridicamente a adoção conjunta por pais e mães homoafetivos é a privação de alguns direitos essenciais para a criança e o adolescente, bem como o surgimento de tratamento desigual entre os que são adotados por pais homoafetivos e os que são adotados por pais heterossexuais.

Inicialmente, quem for adotado “à brasileira” por um casal do mesmo sexo, por só constar um dos dois como adotante, não poderá escolher, em caso de separação, com qual quer ficar, já que necessariamente terá de permanecer com o adotante, mesmo que prefira morar com o outro.

Além de não poder escolher com qual irá viver, também não terá assegurado o direito de visitas, já que, juridicamente, não há nenhuma relação com o companheiro do adotante, mesmo que afetivamente o vínculo seja fortíssimo.

Igualmente, não será possível pedir pensão alimentícia.

Em caso de falecimento do “não adotante”, a criança ou o adolescente não terá nenhum direito à herança, diferentemente do que aconteceria caso a adoção fosse juridicamente reconhecida, já que, neste caso, herdaria como se fosse filho natural.

E, principalmente, caso o adotante faleça, o adotado será considerado órfão, podendo, até mesmo, ser retirado do convívio de sua família e novamente encaminhado para um abrigo, voltando a estar desamparado.

Além desses, muitos são os outros direitos dos quais uma criança ou adolescente pode ser privado caso a adoção conjunta não seja reconhecida pelo Estado.

Os transtornos acima citados não ocorrem quando um casal heterossexual pretende adotar, já que, neste caso, a adoção conjunta é reconhecida pela lei, ficando o adotado plenamente amparado desde o início.

5 A impossibilidade da adoção conjunta por casais do mesmo sexo como forma de discriminação contra a criança e o adolescente

Comumente, quando vem à baila o tema da adoção por casais homoafetivos, o assunto costuma ser analisado apenas pela ótica da proteção aos direitos fundamentais dos homossexuais, já que impedi-los de adotar conjuntamente cria um tratamento discriminatório com relação aos heterossexuais.

Não obstante tal argumento estar correto e discriminações infundadas serem contrárias ao Estado Democrático de Direito, é preciso perceber que o principal prejudicado com a impossibilidade

da adoção conjunta será o próprio adotado, que, como demonstrado no tópico anterior, será privado de vários direitos, além de receber um tratamento diferenciado do que é dado aos adotados por casais de sexos diferentes.

Independentemente das opiniões pessoais acerca da homossexualidade, impedir o reconhecimento da adoção conjunta punirá o adotado, o que é inaceitável, além do mais, por via de regra, os adotados já passaram por várias situações de infortúnio, tendo vivido em famílias desestruturadas, sofrendo os mais diversos tipos de abuso e agressão. Puni-los novamente seria da mais brutal crueldade!

Portanto, o que se deve discutir não é se a homossexualidade é ou não algo natural, moral ou recomendável, já que a decisão sobre as práticas sexuais e afetivas é de âmbito pessoal, não devendo o Estado nela interferir. O que se deve discutir, então, é a realidade fática, e essa realidade mostra que inúmeras crianças e adolescentes são criados conjuntamente por pais homoafetivos; negar essa realidade seria tão absurdo quanto negar que há corrupção no Brasil!

O que existe, existe independentemente de concordarmos ou não, de acharmos certo ou errado. Mesmo quem ache absurdo uma criança ser educada por um casal do mesmo sexo é forçado a admitir que isso acontece na prática, e qualquer pessoa que tenha as mínimas noções sobre nosso texto constitucional sabe que uma norma proibindo adoção por homossexuais estará maculada de gritante inconstitucionalidade, sendo inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Sabendo que esse tipo de adoção é uma realidade, o foco das discussões e decisões deve-se voltar para a parte mais frágil e mais prejudicada: o adotado. Como demonstrado, muitos serão os direitos dos quais se privarão a criança e o adolescente caso a adoção conjunta não seja reconhecida, além disso, haverá tratamento discriminatório em relação aos que forem adotados por pais heterossexuais.

Qualquer modalidade de discriminação é proibida no Brasil, e discriminações cometidas contra crianças e adolescente são ainda mais inadmissíveis. Não faz sentido privar uma criança adotada por

pais homoafetivos de direitos que de pronto são garantidos para as adotadas por casal heterossexual.

6 Princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente

Em seu art. 227, *caput*, nossa Carta Magna estabelece a primazia dos direitos da criança e do adolescente ao dizer:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade* o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [g.n.]

Depreende-se da norma constitucional acima transcrita que o ordenamento jurídico pátrio dá “absoluta prioridade” aos direitos e interesses da criança e do adolescente, de tal forma que todas as decisões, tanto legislativas quanto judiciais, e mesmo administrativas, deverão levar em consideração qual o melhor interesse desses seres em formação, não podendo tomar decisões que contrariem esses interesses.

É, então, inadmissível que, no ordenamento brasileiro, existam normas prejudiciais aos acima tutelados, da mesma forma, não se pode permitir que normas existentes sejam aplicadas de maneira a ferir o princípio da primazia absoluta dos direitos das crianças e dos adolescentes.

7 A não permissão da adoção conjunta por casais homoafetivos como forma de violação ao princípio da prioridade absoluta

Como dito, nossa Constituição determina que seja dada primazia absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes, sendo então inconstitucional qualquer norma ou julgado que contrarie tal princípio.

Pelo que até agora fora exposto, é possível perceber o quão prejudicial é, para os interesses dos adotados, o não reconhecimento da adoção conjunta feita por pais homoafetivos. Os maiores prejudicados nessas situações são exatamente aqueles a quem a Carta Magna determina prioridade absoluta.

Privar crianças e adolescentes de direitos, por si só, já é um ato reprovável, sendo ainda pior quando contraria norma expressa da Constituição e completamente inadmissível quando é fundamentada apenas pelo preconceito.

Qualquer inconstitucionalidade deve ser rebatida e expurgada do ordenamento jurídico, mas quando a inconstitucionalidade versa sobre proteção da criança e do adolescente, a necessidade de eliminá-la torna-se ainda mais gritante.

É necessário que a questão da adoção conjunta por pais homoafetivos pare de ser analisada apenas pela ótica dos direitos de igualdade dos homossexuais e passe a ser vista como um direito fundamental do adotado.

É direito fundamental da criança e do adolescente, pois, sem ele, estes ficarão privados de inúmeros direitos, que, em contrapartida, são garantidos aos adotados por pais heterossexuais.

A discriminação, em qualquer hipótese, é contrária ao Estado Democrático de Direito, mas é ainda pior quando as vítimas são seres ainda em formação, cujo único erro cometido foi ter nascido em uma família que não possuía as condições necessárias para criá-los, forçando-os a buscar o amparo de famílias adotivas.

8 Considerações finais

A decisão recente do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo certamente facilitará que julgados defiram a adoção conjunta por casais homoafetivos. Contudo, o ideal seria que o legislativo tomasse para si a responsabilidade e legislasse a respeito.

Porém, para que o legislativo saia de sua inércia, é deveras importante que a questão deixe de ser analisada apenas como mais um item do grupo dos direitos que os homoafetivos pleiteiam e comece a ser encarada como forma de salvaguardar direitos de crianças e adolescentes.

Assim, apartados da posição religiosa, filosófica ou moral, todos hão de convir que os interesses que devem ser tratados com a mais absoluta prioridade são os relacionados à tutela das crianças e dos adolescentes, até porque foi assim que a Constituição definiu.

Então, independentemente da opinião que se tenha acerca da homossexualidade, é certo que não se poderá dar um tratamento discriminatório e privar de direitos os adotados apenas em função da orientação sexual dos adotantes.

É fato que casais homoafetivos adotam no Brasil. Também é fato que não será possível criar nenhuma lei que proíba um homossexual de adotar, já que tal norma seria completamente inconstitucional por ferir o princípio da isonomia. Dessa forma, não adianta fingir que o fato não existe ou marginalizá-lo, é preciso que haja uma discussão séria, sem hipocrisia, analisando a questão como realmente é, caso contrário, crianças e adolescentes continuarão sendo despojados de direitos fundamentais, apenas porque a sociedade não consegue analisar um fato como ele realmente é, livre de preconceitos.

Referências

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Brenda Guimarães. *Adoção por casais homoafetivos*. 2009. 44 f. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá, 2009.