

Guarda e adoção de menor por homossexuais

Maria de Fátima Lima da Costa
Orientadora: Professora Sandra Costa Siaines de Castro

Resumo

- Princípios Democráticos sobre a organização da família, ampliados pela Constituição da República de 1988
- Discussões a respeito da guarda, em decorrência da separação dos pais
- Interesse do menor deve ser levado em conta na hora de uma decisão Judicial
- Reconhecimento de união estável de homossexuais, em outros países
- Aprovada adoção por casais do mesmo sexo
- Conservadorismo, preconceito e discriminação, a respeito das mudanças
- Inadmissão da guarda por homossexuais pelas pessoas conservadoras, segundo pesquisa
- A questão religiosa ainda é muito dominante e inaceitável a guarda, ou o reconhecimento da união.
- Caso Cássia Eller

A Constituição da República não só confirmou os princípios democráticos já existentes sobre a organização da família, como os ampliou. Determina o art. 227, §,6º que os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O artigo 226, § 3º, da Constituição da República de 1988 e o artigo 8º, da Lei nº 9.872, de 05 de maio de 1976, aplicam-se nas hipóteses de união estável ou de concubinato em casamento.

Modernamente, o termo família é empregado, em sentido amplo, para o conjunto de pessoas vinculadas por parentesco consangüíneo, quer na linha reta, ou na linha colateral, em sentido estrito, ele abarca os cônjuges e seus filhos, portanto as pessoas ligadas pelo casamento, os cônjuges em virtude do matrimônio e as vinculadas pelo parentesco consangüíneo, mas restritas a pais e filhos.

No direito romano, juridicamente tem que ser levado em consideração cinco grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou pelo casamento. A família natural conceitua-se agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independente de o marido e

pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos. O ingresso na família *próprio iure* se dá pela sujeição à *pátria potestas*, quando ocorre procriação em *justas núpcias*, adoção em uma de suas formas e a legitimação.

Nasce de justas núpcias a criança que vem à luz depois de 180 dias de contraído o casamento legítimo de seus pais ou o que nasce até 300 dias após a dissolução. Já a adoção é o ato jurídico pelo qual alguém ingressa, como *filius familias*, em família *próprio iure* que não é de sua origem. A adoção, conforme o adotado seja *alieni iuris* ou *sui iuris*, se distingue em *adoptio*, adoção, em sentido estrito é o ato Jurídico pelo qual um *alieni iuris* ingressa na família do adotante como seu filho ou neto.

Cognado em sentido estrito para indicar os cognados que não são também agnados. Com efeito, quem é agnado (com exceção do filho adotivo e da mulher casada *sine manu*) é igualmente cognado, mas a recíproca é verdadeira, pois há cognados - e é a esses que nos referimos com expressão cognados em sentido estrito - que não são agnados (assim, por exemplo, o tio materno e o sobrinho) (*Instituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., § 144, p. 548 e nota 32, *apud* Alves, José Carlos Moreira, 1997, p. 246).

Enquanto no direito de família moderno a atenção se volta para a família em sentido estrito, que corresponde ao que os romanistas denominam de família natural, mas também a família *próprio iure* na família natural sua constituição é através do casamento, das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, e os pais e filhos, independentemente da *potestas do pater familias*.

A questão da guarda de menores, em decorrência da separação dos pais, é das mais melindrosas e delicadas na vida forense. Muitas vezes, a guarda já é decidida pelos pais, porém há casos mais graves, em que, mesmo com os esforços dos pais, para solucionar o problema, é preciso que haja a intervenção judicial. Embora haja determinação judicial, em muitos casos pouco adianta, se o menor não quiser ficar com a pessoa para quem foi designada sua guarda. Ora, é importante considerar que atualmente um adolescente tem liberdade de escolha, sabe bem o que quer, tem seus impulsos, sabe ir e vir por todos os lugares, tornando-se difícil o cumprimento da decisão contrária a sua vontade.

"Estatísticas revelam que é muito difícil o pai conseguir a guarda exclusiva dos filhos e que, mesmo depois do divórcio, 92,37% das crianças ficam com as mães, segundo o IBGE (*O GLOBO*, jornal, p. 2, dia 17 de março de 2002).

O interesse da criança deve ser levado em conta na hora de uma decisão, visto que, muitas vezes, a guarda é determinada para um dos cônjuges enquanto a criança gostaria de ficar com o outro e, por esse motivo, muitas vezes, elas fogem de casa e vão até para os morros tornando-se presas fáceis para os traficantes.

Na opinião de muitos, o menor deveria sempre ficar com a mãe, para outros, com quem tivesse maior padrão financeiro. Até que ponto isso será benéfico para criança? O filho deve ficar na companhia daquele de quem ele gosta mais, do que lhe faz melhor bem, independente da condição financeira, visto que a pessoa pode ser pobre, mas ter uma vida digna, amorosa de tal forma que cativo o menor e o torne feliz. O dinheiro é importante,

porém não satisfaz plenamente os desejos, principalmente o emocional e o sentimental, valores que o dinheiro não pode comprar. É matéria controvertida a guarda de uma criança pelos seus próprios pais, visto que ainda hoje mães que não ficam com a guarda de seus filhos são discriminadas, imagine a guarda de uma criança ou a adoção por casais homossexuais. Matéria muito discutida no mundo inteiro, embora muitos países hoje já reconheçam a união estável de casais do mesmo sexo, como por exemplo, a França. Nos Estados Unidos, estado da Califórnia, da mesma forma que os casais heterossexuais têm direitos, como por, exemplo, à adoção, semelhantemente os casais homossexuais têm os mesmos direitos. Na Suécia, também já foi aprovada a adoção por casais do mesmo sexo, mas é controvertido o assunto que não é ainda bem aceito em nenhum lugar, visto que as pessoas ainda não se acostumaram com a nova situação no mundo Jurídico, estão arraigadas nos costumes antigos. Há polêmica para todos os gostos, pois grande parte da humanidade é conservadora, e, para essas pessoas, esse assunto torna-se indiscutível, visto que pelo conservadorismo tornam-se intolerantes, preconceituosas, discriminadoras, não admitindo, muitas vezes, mudanças que, queiram ou não, estão acontecendo diante de todos. É a realidade, aberta e assumida diante dos seres viventes da Terra. É evidente que, algum tempo atrás, da mesma forma não se aceitava um concubinato ou união estável, antes da Constituição de 1988, as mulheres eram discriminadas não tendo direito de reclamar nada e até doações não poderiam ser feitas a elas. Hoje é reconhecida a união estável como família, e o concubinato puro tem proteção legal. Também se reconhece como sociedade de fato a relação entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é uma realidade que no mundo Jurídico hoje há entendimento Jurisprudencial aceitando essa sociedade de fato, embora não seja regida pela instituição familiar, mas, pelo Direito Civil. No Direito Previdenciário, é reconhecido como união estável, visto que dá direito ao homossexual a pensão por falecimento do companheiro.

A família tem passado por grandes transformações, deixando de ser considerada somente a relação pai e mãe, visto que a própria Constituição da República reconhece como entidade familiar a formada pela mãe e filho ou pai e filho. Não se justifica, portanto, que alguém seja impedido de adotar uma criança apenas por discriminação sexual, se o próprio texto constitucional garante igualdade a todos, e que ninguém será discriminado por sua cor, sexo, raça ou religião.

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, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte. (Art. 5º, CRFB)

Por outro lado, as pessoas menos conservadoras preferem não fechar os olhos para as mudanças na sociedade, adaptam-se a tais fatos sociais e lutam para que essas sejam reconhecidas no mundo Jurídico. O amor e a convivência homossexual é uma realidade que não pode ficar mais alheio ao mundo Jurídico, devendo ser reconhecida como entidade familiar pelo Estado.

No direito brasileiro, a união de casais homossexuais não poderá ser reconhecida como estável, pois as leis preservam a instituição familiar e o texto constitucional reconhece a união estável entre pessoas de sexos opostos. Além disso, família em sentido estrito compreende a sociedade conjugal, simplesmente os cônjuges e sua progênie. E se constitui

desde logo pelo casamento. No Direito Civil, está expresso, simplesmente, a sociedade conjugal, atendida no seu caráter de legitimidade, pessoas ligadas entre si pelo vínculo da consangüinidade, de afinidade e de parentesco, até os limites prefixados em lei. No Direito Romano, era conjunto de pessoas submetidas ao poder de um cidadão independente (*homo sui júris*), no qual se compreendem todos os bens que as mesmas pertencem, era sinônimo de patrimônio. Hoje o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, descreve o conceito de família natural como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, podendo integrar essa família inclusive os filhos havidos fora do casamento, mediante reconhecimento dos pais (ECA, art. 25 e 26). Ainda de acordo com O Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança ou o adolescente poderá ter ainda uma família substituta, onde ela será colocada mediante guarda, tutela ou adoção, levada sempre em conta a personalidade de quem os recebe e o ambiente familiar adequado para o menor. (arts. 28 e 29, do E.C.A.)

Analisa-se o que vem a ser um ambiente adequado, se somente seria adequado aquele formado por casais heterossexuais ou ainda por casais homossexuais, em que esses preservem a moral e os bons costumes, tenham respeito e dignidade e possam dar ao menor uma boa alimentação, educação, conforto e bem estar, ou seria conveniente ao menor ficar pelas ruas, sem um lar e, muitas vezes, sem alimentação, sem escola, sendo jogado para a marginalidade, por faltar-lhe melhor opção de vida. Um ambiente adequado é aquele, a que a criança ou o adolescente possa adaptar-se, onde se sinta seguro, amado, com conforto e bem estar, independente de qual seja a opção sexual das pessoas que lhe dão esse tratamento de carinho e afeição.

É bem verdade que muitas crianças são rejeitadas no processo de adoção, pelo fato de não agradar aos adotantes, muitas vezes até por serem crianças negras ou problemáticas, ficam sem esperança de um futuro melhor. Segundo pesquisas, os homossexuais não discriminam tais crianças, aceitando aquelas que ninguém escolheu para adotar, pois os mesmos podem compreender as dificuldades, visto que eles também são discriminados pela sociedade.

Levando-se em consideração que a adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, o direito de encontrar uma família substituta, o que impedirá que uma pessoa solteira faça uma adoção, independente de qual seja sua opção sexual, e, assim, contribua com a sociedade tirando das ruas um menor abandonado, maltratado, até pelos próprios pais, na maioria dos casos, ou que não tiveram amor e nem sabem o que é amar? É preciso que esses menores tenham oportunidade de serem amados, de terem uma vida digna que o ser humano merece ter. O preconceito não pode dominar a ponto de impedir que crianças venham a ser beneficiadas, tirando delas a oportunidade de ter um lar, afeto, carinho e atenção. São conceitos egoístas, que não beneficiam a ninguém e não levam a sucesso algum, muito pelo contrário, as pessoas que estão em boas condições continuam tendo tudo, enquanto outras que são jogadas à sorte, às crueldades deste mundo continuando tendo uma vida de sofrimento, por inércia daqueles que não querem se preocupar com os problemas alheios e muito menos tentar solucioná-los. Falta o amor ao próximo na humanidade, pois atualmente prevalece o egoísmo.

O amor que a criança recebe na adoção é o que caracteriza a verdadeira filiação, pois, se os pais biológicos não têm amor e os adotantes demonstram esse sentimento, estes serão

certamente os verdadeiros pais. O importante é a criança sentir-se segura, poder sonhar e ter sentimentos de esperança, realizar-se como pessoa, tendo um futuro com mais perspectivas de vida.

Alguns países já reconhecem a união estável de casais homossexuais e asseguram o direito de adotar, porém a matéria ainda não tem muita aceitação entre os conservadores, e homossexuais que tentam adotar mesmo em países que lhe dão esse direito, sentem-se discriminados, pois muitas vezes passam por certas dificuldades, por preconceitos na hora da adoção.

A união estável de casais homossexuais não é reconhecida no direito brasileiro, nem tão pouco com relação à adoção de menores, por casais diferentes daqueles formados por homens e mulheres, visto que de acordo com o Código Civil, em seu artigo 370, "ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher". De forma expressa, há um empecilho para a adoção por casais homossexuais que, para adotarem, seria necessária uma mudança na lei. Há, um Projeto de Lei nº 1.151/95, por iniciativa da prefeita de São Paulo Marta Suplicy, quando ainda Deputada Federal, sem muito sucesso, que não visava propriamente a adoção, visava apenas reconhecer a união civil, que já é reconhecida como sociedade de fato e não como instituição familiar. Esse reconhecimento poderá trazer a adoção como consequência.

Na opinião de alguns doutrinadores, essa adoção é inconstitucional, visto que contraria, afronta o princípio constitucional, expresso no art. 226, § 3º. "Para efeito e proteção do Estado é reconhecida união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Por serem pessoas do mesmo sexo que, por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz exigência com relação ao sexo ou se a família é constituída pelo casamento. Não são requisitos para a adoção, e sim que o menor tenha o direito à convivência familiar, pois, de acordo com o art. 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem adotar os maiores de 21 anos, independente de seu estado civil, ou seja, nada impede que um homossexual dê um lar para uma criança carente. Ainda no art. 43 do mesmo diploma legal, "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo". É previsto no texto constitucional no art. 227 que:

"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".

Embora polêmico o assunto, algumas decisões já foram dadas pela Justiça, favorecendo a pessoa do mesmo sexo, no sentido de permanecer com a guarda do menor, visando-se apenas o interesse dele, para que danos irreparáveis não sejam causados. Um exemplo bem recente é o caso tão comentado do filho da cantora Cássia Eller. No dia 24 de janeiro de 2002, às 15:50h, o Desembargador Murilo de Andrade, da 3ª Câmara Civil do Estado do Rio de Janeiro, negou o efeito suspensivo ao recurso interposto pelo pai da cantora, que queria ficar com a guarda do menino. O Desembargador visou apenas o interesse e o bem

estar do menor, deixando-o com a pessoa que melhor dele cuidaria, independente de sua opção sexual. O fato, da Eugênia, ter sido companheira da mãe de Chicão, provavelmente seja um motivo mais forte para que ela venha a amar e cuidar do menino melhor do que o avô que quase não tinha contato com ele. A criança ou o adolescente deve ficar sempre com a pessoa que ela quer, ou em cuja companhia se sente melhor. Apesar de raros, já existem alguns casos de adoção no Brasil por homossexuais. Como por exemplo, pode-se citar a que foi concedida pelo Juiz Siro Darlan, da 1ª Vara da Infância e da Juventude, porém como adoção individual, visto que o homossexual expressou o desejo imenso de adotar, queria ser pai. Embora ele tenha deixado de forma clara a sua posição em manter a relação com seu companheiro, a guarda lhe foi concedida. Ora se adotar um menor faz alguém feliz, porque não deixar que haja felicidade das duas partes? Pois tanto bem fará para o adotante quanto para o adotado.

Segundo dados colhidos em pesquisa de opiniões na Defensoria Pública de Jacarepaguá, na Vara de Família, nos dias 13 e 20 de agosto de 2002, se pessoas são favoráveis ou contra a adoção de crianças ou adolescentes por homossexuais, cerca de 25% (vinte e cinco por cento) opinou a favor e 75% (setenta e cinco por cento) opinou contra. É ainda um índice muito baixo de pessoas que concordam com a adoção por casais de homossexuais, que ainda não é bem vista na sociedade brasileira, visto que as pessoas ainda não tomaram consciência do bem que alguém faz ao menor quando o tira das ruas ou dos orfanatos, onde ficam ansiosos para que alguém vá até lá e os adotem. Não se pode negar a um órfão principalmente, o direito de ser amado e de ter um lar, uma família. Não se deixar levar apenas por um motivo cultural, onde as pessoas em todos esses anos sempre tiveram uma imagem da família, sempre com um homem e uma mulher, e com isso quem sai no prejuízo é o menor, que poderia desfrutar das boas condições que o novo pai poderia proporcionar-lhe, visto que através da adoção formará um vínculo de parentesco até mesmo para o direito sucessório. E, muitas vezes, o homossexual não tem para quem deixar a herança. No entanto se adotar, terá um sucessor. O preconceito faz com que a sociedade pereça e muitas crianças sejam privadas de um lar, no entanto, é normal e compreensível essa posição social, essa concepção que tem o povo brasileiro e a preservação da família de uma forma mais conservadora, não se chegando aos extremos de admitir a constituição de uma família por pessoas do mesmo sexo. É ainda assustador para muitos ter aceitação desse novo modelo de família. Até a Constituição de 1988, a família era entendida como a união, por meio do casamento, de homem e mulher com objetivo de constituir filhos e educá-los, os filhos advindos do casamento eram chamados de legítimos, os de uma relação amorosa fora do casamento, eram discriminados, chamados ilegítimos. Com o advento da Constituição da República, de 1988, todos os filhos passaram a ter direitos iguais, mesmo os adotados.

A verdade é que o mundo está se modificando e, na opinião de muitas pessoas, os valores estão sendo deturpados e o que era conceito antigo de certo ou errado passou a ser normal, legal, as opiniões divergem a respeito do que é bom ou ruim, certo ou errado, pois, o que é bom ou certo no ponto de vista de algumas pessoas, torna-se errado ou ruim na opinião de outras pessoas.

Conforme pesquisa apresentada, para as pessoas mais antigas e conservadoras, a maioria não aceita a adoção, visto que para essas pessoas é difícil imaginar a situação da criança na sociedade, na escola, onde elas podem ser discriminadas por colegas, ou até por seus pais, por serem filhos de dois homens, por exemplo, ou duas mulheres. Além disso, como ficaria

a cabeça da criança que sofre influências dos pais em primeiro lugar e depois do meio ambiente, que modelo poderia ser observado no lar? Que referencial teria esse menor? A quem imitaria, ao pai ou à mãe que na verdade não é mãe, e sim, dois homens. São questões que devem ser pensadas, questionadas e analisadas, no entanto, é uma questão apenas de saber educar de forma que supere os preconceitos, pois, anos atrás as pessoas que tinham deficiência física era discriminada pela sociedade, hoje são ajudados, conquistando até o mercado de trabalho. Superaram os preconceitos e lutaram para que seus direitos fossem reconhecidos. Não se pode deixar no esquecimento os valores religiosos, ainda é muito dominante na sociedade, que, segundo os preceitos bíblicos, no livro de Levítico, capítulo 18, versículo 22, um homem não deve se casar com outro homem, nem se deitar com pessoa do mesmo sexo, porque abominável é aos olhos de Deus. Prova disso é que ele destruiu a cidade de Sodoma e Gomorra, por causa da iniquidade do povo, assim relata a bíblia, no livro de Gêneses, capítulo 19. Muito menos adotar crianças visto que as Leis de Deus preservam a família, o casamento, tanto que o próprio Jesus Cristo consagrou o casamento como uma instituição familiar e aprovou a união de um homem com uma mulher, realizando o seu primeiro milagre em um casamento.

Na opinião de muitos psicólogos e psicanalistas, crianças não devem ser criadas por homossexuais, porque é necessário que haja afinidade entre o adotado e o adotante, e dificuldades de adaptação do menor, ou de decisão do que ele será no futuro, por quem será influenciado, ou se haveria uma tendência maior para ser homossexual. Isso não é bem verdade visto que se fosse assim um pastor que vive num ambiente saudável de igreja, pregando boas coisas ensinando o bom caminho falando do amor de Jesus não teria um filho marginal, como em alguns casos em que o filho cresceu no bom caminho e se desviou para o mau. Ou situações inversas em que o pai é um desajustado e o filho é perfeitamente ajustado, o pai é alcoólatra e o filho não gosta de bebidas alcoólicas. É certo que a pessoa sofre influências na infância, porém ela tem sua própria índole, uma tendência natural de absorver tanto o que é bom quanto o que é ruim. Ela pode ser bem orientada e não seguir a orientação, seguir a sua própria vontade, o seu próprio destino. Além disso, há que se refletir que é bem mais fácil uma criança nas ruas, abandonada, tornar-se um marginal do que um menor que seja criado em um lar com amor, carinho compreensão, boa orientação, mesmo que seja por casais do mesmo sexo, seguir um melhor destino, mudar o rumo da sorte. Não se quer dizer que o fato de esses casais adotarem, que vai solucionar os problemas infantis no mundo, no entanto, crianças que nem identidades têm precisam de famílias substitutas que lhe acolham, urgentes, e que lhe dê nome, segurança e direito a uma vida melhor.

Em suma, todos os conflitos, que ocorrem na vida real, no mundo social, jurídico, sempre geram insegurança, medo, necessidade de mudanças, mas é preciso que se tenha coragem para mudar, para continuar a luta para que os homossexuais sejam vistos com direitos iguais a todas as pessoas, não sejam vistos com preconceito, discriminação, pois são pessoas comuns, iguais a todos, apenas fizeram outra opção sexual. É direito deles como de qualquer outro cidadão, serem felizes não importa a condição que estejam ou que posição assumam, se de mãe ou pai, mas que tenham direito de ter um filho adotado assim como qualquer outra pessoa que preenche os requisitos para a adoção. O importante é que esses possam proporcionar a uma criança o direito de uma vida melhor, mais segura e tranquila tendo um lar onde possa deitar e levantar sem o medo dos perigos que lhe afrontam nas

ruas. Parece algo inovador, porém normal, se houver boa aceitação pela sociedade, se forem vistos por todos como pessoas normais que querem apenas ser felizes e viver em paz.

Referência

bibliográfica

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Saraiva 1998.

"Jornal da família", *in* **O GLOBO**, p. 17, de março de 2002.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. vol. VI, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOARES, Orlando. **União estável**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito positivo**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 1998.

TAVARES, Marcel Leonardo. **Direito previdenciário**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

VIEIRA NETO, Manoel Augusto; OLIVEIRA, Juarez de. **Novo Código Civil**. 53ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

<http://www.adotando.hpg.ig.com.br/homos.htm> - 22/08/2002.

<http://www.rnmix.hpg.com.br/canais/adoçãogays.htm> - 22/08/2002.

<http://www.Carlos.dias.nom.br/adoção.htm> - 22/08/2002.

<http://www.br.geocities.com/fabgon/adoçãohomossexuais.html> - 23/08/2002.

Disponível em: http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/guarda_adocao.asp

Acesso em: 29 de junho de 2007