



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**CÂNDIDA CÉLIA COELHO**

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PARA FINS DE  
ADOÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.**

**Florianópolis**

**2009**

**CÂNDIDA CÉLIA COELHO**

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PARA FINS DE  
ADOÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL,  
Campus Grande Florianópolis, Unidade Trajano, como  
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Anna Lucia Martins Mattoso Camargo

Florianópolis

2009

**CÂNDIDA CÉLIA COELHO**

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PARA FINS DE  
ADOÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

Florianópolis, 24 de novembro de 2009.

---

Professora e orientadora Anna Lucia Martins Mattoso Camargo.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Professor Flávio Nodari Monteiro, Título.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Professora Emiko Liz Pessoa Ferreira, Título.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

**Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL**  
**TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PARA FINS DE  
ADOÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.**

Declaro para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 24 de novembro de 2009.

Cândida Célia Coelho

## RESUMO

A adoção homoafetiva é um tema bastante controverso no ambiente acadêmico, e ainda sem reconhecimento na legislação. A presente monografia tem por objetivo esclarecer os pontos que norteiam essa questão, que dispõe de inúmeros defensores na doutrina pátria, principalmente quando identificado o melhor interesse do menor. Para tanto é necessário que deixemos de lado os preconceitos e as idéias massificadas, em atenção ao direito que todo cidadão tem de crescer em uma família e viver em sociedade, direito esse fundamentado pelos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e, em especial, o do melhor interesse do menor, que determina que os interesses do menor devem ser resguardados pela família, sociedade e Estado.

Palavras-chave: Família homoparental. Adoção homoafetiva. Princípio do melhor interesse do menor.

## LISTA DE SIGLAS

AC – Apelação Cível  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
AI – Agravo de Instrumento  
AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros  
CC/1916 – Código Civil de 1916  
CC/2002 – Código Civil de 2002  
CEJA – Comissão Estadual Judiciária de Adoção  
CGJ – Corregedoria-Geral de Justiça do Poder Judiciário de Santa Catarina  
CIDC – Convenção Internacional dos Direitos da Criança  
CPC – Código de Processo Civil  
CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
CUIDA – Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo  
ECA/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente  
EI – Embargos Infringentes  
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social  
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada  
LICC – Lei de Introdução do Código Civil de 2002  
MP – Ministério Público Estadual  
MPF – Ministério Público Federal  
PL – Projeto de Lei  
REsp – Recurso Especial  
REspe – Recurso Especial Eleitoral  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
TRF/4ª Região – Tribunal Regional Federal da 4ª Região  
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – As exigências dos pais em busca de uma criança “ideal” adiam o sonho e o direito da criança real à espera de uma família nas instituições de acolhimento. ....	43
Gráfico 2 – Procedência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina. ....	44
Gráfico 3 – Estado Civil dos pretendentes à adoção em Santa Catarina. ....	44
Gráfico 4 – Perfil das crianças abrigadas em Santa Catarina - Sexo da criança. ....	45
Gráfico 5 – Perfil das crianças abrigadas em Santa Catarina – Faixa etária. ....	45
Gráfico 6 – Perfil das crianças abrigadas em Santa Catarina – Tempo de abrigamento. ....	46
Gráfico 7 – Preferência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina – Sexo da criança que querem adotar. ....	46
Gráfico 8 – Preferência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina – Faixa etária da criança que querem adotar. ....	47
Gráfico 9 – Preferência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina – Etnia da criança que querem adotar. ....	47
Gráfico 10 – Brasil: principais dificuldades para o retorno do abrigado à família de origem. ....	48

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>11</b>
2.1 HISTÓRICO DO MODELO DE FAMÍLIA .....	11
2.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO PLURALISMO FAMILIAR .....	16
<b>2.2.1 Famílias originadas do art. 226, § 3º e § 4º, da Constituição da República .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.2 Família homoparental.....</b>	<b>22</b>
2.3 A POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PARES HOMOAFETIVOS ..	24
<b>3 A ADOÇÃO NO BRASIL.....</b>	<b>31</b>
3.1 ASPECTOS DA ADOÇÃO NO BRASIL.....	31
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO.....	34
3.3 DIFERENÇA ENTRE ADOÇÃO, GUARDA E TUTELA.....	36
3.4 REQUISITOS E CRITÉRIOS DA ADOÇÃO .....	37
3.5 AS INSTITUIÇÕES DE ABRIGO E A DIFICULDADE DAS ADOÇÕES TARDIAS.....	42
3.6 LEGISLAÇÃO PERTINENTE .....	50
<b>4 A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS.....</b>	<b>53</b>
4.1 A OCORRÊNCIA NO BRASIL .....	53
4.2 A OMISSÃO DA LEI N. 12010/09 PARA A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS .....	58
4.3 CONSIDERAÇÕES DOS ASPECTOS LEGAIS.....	60
4.4 OS DIREITOS DO MENOR ADOTADO A SEREM RESGUARDADOS .....	63
<b>4.4.1 Direitos de ordem pessoal .....</b>	<b>66</b>
4.4.1.1 Parentesco .....	66
4.4.1.2 Poder familiar.....	67
<b>4.4.2 Direitos de ordem patrimonial.....</b>	<b>68</b>
4.4.2.1 Alimentos.....	68
4.4.2.2 Direitos sucessórios.....	69
4.5 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR .....	69
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>75</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>81</b>
<b>ANEXO A – APELAÇÃO CÍVEL 70013801592 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL .....</b>	<b>82</b>
<b>ANEXO B – SENTENÇA DE ADOÇÃO POR PAR HOMOAFETIVO DA COMARCA DE PORTO ALEGRE/RS .....</b>	<b>97</b>
<b>ANEXO C – SENTENÇA DE ADOÇÃO POR PAR HOMOAFETIVO DA COMARCA DE CATANDUVA/SP.....</b>	<b>105</b>
<b>ANEXO D – SENTENÇA DE ADOÇÃO POR PAR HOMOAFETIVO DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO/RJ .....</b>	<b>113</b>

<b>ANEXO E – SENTENÇA DE ADOÇÃO POR PAR HOMOAFETIVO DA COMARCA DE RECIFE/PE .....</b>	<b>118</b>
<b>ANEXO F – SENTENÇA DE ADOÇÃO POR PAR HOMOAFETIVO DA COMARCA DE GOIANIA/GO.....</b>	<b>128</b>
<b>ANEXO G – SENTENÇA DE ADOÇÃO POR PAR HOMOAFETIVO DA COMARCA DE SANTA MARIA/RS.....</b>	<b>133</b>
<b>ANEXO H – REGISTRO CIVIL DE MENOR ADOTADA POR PAR HOMOAFETIVO .....</b>	<b>151</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico pretende-se analisar um tema bastante controverso no meio acadêmico, que é a necessidade de reconhecimento da união estável homoafetiva para resguardar os direitos do menor nos casos de adoção, em atenção ao princípio do melhor interesse do menor.

Atualmente, a adoção homoafetiva não possui previsão na legislação pátria, deixando, assim, de ser reconhecida pela da nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09). Desse modo, latente a necessidade da desmistificação do tema em detrimento dos preconceitos encontrados na sociedade atual, o que serviria para quebrar os paradigmas que envolvem as adoções realizadas por pares homossexuais.

O trabalho em questão busca demonstrar ao meio acadêmico a possibilidade de adoção por pares do mesmo sexo, possibilidade esta reconhecida em algumas decisões dos tribunais pátrios, que pioneiramente deferem a adoção para casais homoafetivos, com fundamento no melhor interesse do menor. Entretanto, infelizmente, o Estado prefere, na maioria das vezes, deixar a criança e o adolescente em orfanatos ou casas-lar, como mais um número, ao invés de colocá-lo no seio de uma família homoparental.

O método empregado na elaboração deste trabalho foi o dedutivo, partindo da adoção em geral para a adoção por pares homoafetivos. A técnica de pesquisa bibliográfica - com a consulta de doutrina, legislação, jurisprudência, dados estatísticos e material jornalístico - foi utilizada para o alcance do método de procedimento monográfico.

Necessário se faz mencionar a estrutura do presente trabalho, estruturado em cinco capítulos, sendo o primeiro deles com conteúdo de noção introdutória do tema abordado.

No segundo capítulo, foi feito um breve estudo da evolução dos modelos de família, apresentando as mudanças ocorridas nos modelos familiares, atualmente aceitos pelo Estado, com fulcro no princípio do pluralismo familiar.

Posteriormente, buscou-se demonstrar a possibilidade de inserção da família homoparental no rol apresentado no texto constitucional, destacando-se alguns aspectos da união estável homoafetiva e a necessidade de seu reconhecimento pelo Estado.

A evolução do instituto da adoção no Brasil foi abordada no terceiro capítulo, em análise a esta que é uma das maneiras de se formar uma família. Para tanto, fez-se um rápido estudo sobre os requisitos, os efeitos, e a diferença entre a adoção e os institutos da tutela e

guarda. Em seguida, foram apresentadas algumas considerações sobre as instituições de abrigo e as dificuldades das adoções tardias.

No quarto capítulo, tratou-se da adoção por pares homossexuais, abordando a ocorrência de casos no Brasil, com comentários à omissão da nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09), mostrando ser injustificada a ausência do reconhecimento da possibilidade de adoção por pares homoafetivos. A seguir, analisou-se quais os prejuízos ao menor que não tem o registro do nome dos dois pais ou das duas mães, em sua certidão de nascimento, realizando uma breve reflexão da aplicabilidade do princípio do melhor interesse do menor.

E, por fim, no quinto capítulo, foram apresentadas as conclusões obtidas a partir dos estudos feitos para realização deste trabalho, para demonstrar que a adoção homoafetiva pode inserir as criança e os adolescente que vivem nas instituições de abrigo, em uma verdadeira família, com afeto, amor, respeito e união.

## 2 A EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA

Neste Capítulo faz-se necessário esclarecer o conceito jurídico de família como entidade familiar, frente à evolução desse instituto jurídico no decorrer do tempo. Com a evolução veio a mudança das necessidades dos membros da família e, conseqüentemente, o reconhecimento na Carta Constitucional de 1988 de diferentes formas legais de formação da entidade familiar, protegida pelo Estado. Após uma breve análise dos novos modelos previstos no texto constitucional, busca-se demonstrar os principais aspectos da união estável homoafetiva, a necessidade de seu reconhecimento pelo Estado e os avanços na jurisprudência.

### 2.1 HISTÓRICO DO MODELO DE FAMÍLIA

Na vigência do Código Civil de 1916 (CC/1916), a noção de família estava diretamente ligada ao casamento, sendo este o centro de formação do núcleo familiar. Com o tempo, o vínculo afetivo foi tomando espaço e o matrimônio passou a não ser a única forma de início ou prolongamento de uma família.

Observa-se, ao longo do tempo, o rompimento de diversos paradigmas nas organizações familiares. A sociedade nitidamente patriarcal, em que o poder familiar era exercido pela figura paterna unicamente, foi fortalecida pelo apoio da Igreja, que supervalorizou o sacramento do matrimônio, sempre com a intenção de manter um controle concentrado na estrutura familiar (GLANZ, 2005).

Ainda que lentamente, modelos familiares, livres desse controle, foram ganhando espaço e, ainda que não aceitos unanimemente, conquistaram pouco a pouco este, fazendo com que o modelo autoritário fosse substituído por outros não tão rígidos, atendendo a necessária promoção do princípio da dignidade humana.

Em análise sobre a evolução do núcleo familiar Andrade (2005, p. 100) destaca que:

Antigamente, a família era entendida como um grupo advindo do casamento, pois era considerada capaz de apresentar a moralidade e a estabilidade necessárias ao fundamento de sua função social. A depender da época e do momento histórico, vemos as relações de forma diferente: os escravos eram ditos como coisa, o homem era o chefe da família, e o casamento era indissolúvel, mas, com o passar dos anos, a escravidão foi abolida, a mulher equiparada constitucionalmente ao homem, e os cônjuges, muitas das vezes, são infiéis ou não vivem no mesmo domicílio. Com a mudança da economia, da ciência, dos meios de comunicação e com a implantação do Estado Democrático de Direito, os contornos da família mudaram.

Essa evolução resultou na desvinculação do conceito de família do de matrimônio, desvinculação esta fortalecida pelas inúmeras possibilidades de formação de vínculos afetivos e familiares, que ignoram a necessidade de um laço matrimonial.

A clássica formação familiar vem sendo substituída por outros modelos, que surgem com a evolução da sociedade, revelando os anseios desta, porquanto está cada vez mais voltada para a realização pessoal.

Do estudo de Girardi (2005, p. 23-24) extrai-se que:

Pode-se afirmar que a família legal contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar. Sendo porosa e plural, recebeu e incorporou as modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade, modificações estas influenciadas por fatores de ordem social, econômica e tecnológica. Dessa forma, vê-se que a família, por muitos tratada de decadente, transformada pelos anseios do homem moderno com este subsiste, tendo sua função e papel avivados, pois, atualmente, estar e permanecer em família é muito mais um ato de vontade do que uma imposição do meio social.

Foi com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) que houve o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres e a ampliação dos conceitos familiares, o que consagrou novos arranjos familiares e abriu espaço para o reconhecimento de novas estruturas, com a legitimação de uma realidade social há muito existente.

Fontanella (2006, p. 55-56) esclarece que a família, anteriormente constituída pelas leis do Estado e caracterizada por regras patriarcais, patrimoniais e rurais, foi se remodelando a partir da CRFB/1988, que em seu art. 226 apresenta novos modelos familiares, podendo-se citar: a família matrimonial, oriunda do casamento; a família não-matrimonial, oriunda da união estável (formada a partir da união entre pessoas sem os laços do matrimônio, mas com a intenção de constituir um núcleo familiar) e a monoparental (constituída por um dos pais e seus filhos). Dessa forma, a ampliação do reconhecimento familiar apresentada no texto constitucional dispensa o matrimônio como fator fundamental para reconhecimento da família, passando o direito a alcançar as novas formas reconhecidas.

Assim, denota-se que não há mais espaço para a concepção de que a família é aquela formada pelos laços de sangue ou pelo casamento. A interpretação atual deve ser ampla e acolher as mudanças naturais em uma sociedade em constante evolução.

Esse constante crescimento e as mudanças transparecem nos conceitos apresentados na doutrina e na moderna jurisprudência brasileira, representando o avanço cultural, social e ideológico pátrio. Dá-se assim, o reconhecimento jurídico ao afeto, e reconhece-se que a família é base da sociedade e, como tal, merece proteção irrestrita do Estado.

Tem-se por conceito de família o grupo de pessoas unido por um vínculo conjugal ou de parentesco. Essa é a definição restrita apresentada por Venosa (2008, p. 2), que logo em seguida expõe conceito mais amplo:

[...] importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226: “*Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*”

Já Diniz (2008, p. 9-11) registra três definições: no *sentido amplíssimo*, em relação aos indivíduos com ligação consangüínea ou de afinidade - exemplo dessa aceção é o art. 241 da Lei n. 8.112/90, que considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual; na *aceção “lata”*, abarcando além dos cônjuges ou companheiros, seus filhos, os parentes em linha reta ou colateral, bem como os tidos por afinidade (parentes do outro cônjuge ou companheiro); e na interpretação *restrita*, em que tem por **família** aquela descrita no texto constitucional, em seu artigo art. 226, o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, a **entidade familiar** formada pela união estável, ou a monoparental formada por qualquer dos pais e sua prole, independentemente da existência do vínculo conjugal.

Conceito mais moderno expõe Dias (2007, p. 27), afirmando que apesar de ser um fato natural, em que as pessoas se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social. A sua verdadeira estrutura é

reconhecida a partir do direito, sendo a lei uma prolongação e a legitimação de uma realidade dada, de modo que a família juridicamente regulada dificilmente acompanha a evolução da família natural, com todas as suas peculiaridades e dinâmica, pois esta preexiste ao Estado e está acima do direito. As mudanças ocorridas na realidade, por fim, têm reflexos na lei, cumprindo assim sua função enquanto construção social, proveniente do respeito e atenção as regras impostas pela cultura e formuladas de acordo com os modelos de comportamento aceitos pela sociedade. São, na verdade, uma estrutura em que cada indivíduo ocupa seu lugar, com função estabelecida – pai, mãe, filhos – e com a ligação biológica. É esta estrutura familiar que necessita de proteção legal, com o fulcro de preservação do que a autora chama de *LAR*: Lugar de Afeto e Respeito.

O conceito de família está em constante mutação e a célula básica pode ser considerada aquela formada por pais e filhos, mas sua composição, finalidade e papel dos pais encontram muitas variantes. Cada vez mais o conceito tende a albergar todas as novas formações, levando em conta a igualdade entre as partes e as estruturas de convívio. Não raramente podemos encontrar famílias unidas pelo afeto e interesses comuns, o que em nada influencia na condição sexual dos parceiros.

Com a atualização do conceito de família Diniz (2008, p. 13) ressalta que a família deve ser vista e entendida como um espaço de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, proveniente não apenas do instituto do matrimônio, mas também do companheirismo, da adoção e da monoparentalidade, podendo desta forma ser compreendida como o núcleo para efetivo desenvolvimento do indivíduo, um instrumento de realização integral do ser humano.

A nova identidade familiar é voltada para o amor, o afeto, o companheirismo e a realização emocional de seus indivíduos e, segundo Pena Júnior (2008, p. 23), “o que identifica a família é um afeto especial. Com ele se constitui a diferença específica que define a entidade familiar”.

Nessa nova realidade encontra espaço a família formada a partir de relacionamentos homoafetivos, tema amplamente em debate nos tribunais brasileiros e que exige adequação imediata da legislação e da jurisprudência. Assim sendo, mostra-se de suma importância o estudo e o reconhecimento das diversas formas de relacionamentos.

Interessante, neste momento, acrescentar conclusão sobre o elemento identificador da família apresentado por Dias (2007, p. 40):

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a idéia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríptico pressuposto deixasse de servir para balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e agora sexo – até pelas mulheres – pratica-se fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. As relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional e não se pode deixar de albergar, no âmbito do direito das famílias, as relações homoafetivas, apesar de posturas discriminatórias e preconceituosas que, por puro conservadorismo, insistem em não lhes emprestar visibilidade.

A condição sexual, ainda que cercada de preconceitos, já encontra aceitação para formação de núcleos familiares, nascidos do vínculo afetivo. O preconceito, fator relativamente comum quando as escolhas afetivas fogem do padrão dominante, deixa de ter força quando se entende que o objetivo é o amor e a afeição, os quais impulsionam verdadeiras transformações nas relações familiares.

Para Fontanella (2006, p. 81):

O amor como valor jurídico é o que dá sentido e sustentação a um relacionamento e à família contemporânea, sobrepõe-se à procriação, ao estado social e ao matrimônio formal. Nesse pensar, são desenhados “[...] novos valores e novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas [...]”

Assim sendo, claro está que a evolução ocorrida trouxe a afetividade como fator preponderante para formação familiar atual, protegida pela sociedade e pelo Estado. Toda essa mudança é denominada repersonalização das relações civis. Segundo Lôbo (2008, p. 11), a família, reconhecida como o espaço de realização da afetividade humana, alterou sua função na sociedade, anteriormente econômica-política-religiosa-procracional. Essa transformação é a denominada repersonalização das relações civis, que tem o intuito de valorizar os desejos da pessoa humana, deixando em segundo plano as relações patrimoniais. A intenção, dessa forma é priorizar a dignidade do indivíduo, reconhecendo a família como o espaço de repersonificação do direito.

Este processo de repersonificação tende à valorização do princípio da dignidade humana, com foco no indivíduo, afirmando a importância da realização da pessoa, colocando a família como um fim em si mesma, com privilégio ao indivíduo, em atenção à necessidade do desenvolvimento pleno da pessoa a partir do afeto, do amor, do respeito, das aspirações pessoais e da busca pelo bem comum. Nas palavras de Girardi (2005, p. 44), “busca atender

as necessidades concretas e reais do sujeito de direito que a ele se apresenta, importando o cuidado com a diversificação das necessidades pessoais de cada ser humano” e, em especial atenção aos homossexuais, no que diz respeito a sua personalidade e ao livre direito de exercer sua sexualidade.

Invocando o escólio de Farias (2004, p. 112):

[...] como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. Do contrário, ainda viveremos como os nossos pais [...] esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado.

Nessa linha, claro está que a família atual nada mais é do que o instrumento de afirmação e realização de seus integrantes, núcleo para implementação de projetos pessoais e para concretização de sonhos, independentemente da maneira como a família originou-se, pois esta é apenas o instrumento para a realização pessoal de seus indivíduos.

Deixando de ser o casamento o único formador da família, abre-se espaço para um novo princípio constitucional, o da pluralidade das formas de família, que vem legitimar as famílias formadas nas mais diversas condições, conforme o exposto a seguir.

## 2.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO PLURALISMO FAMILIAR

Com a ampliação do conceito de família, introduzida com o advento da CRFB/1988, admitiu-se formações familiares além da tradicional advinda do casamento entre homens e mulheres, incluindo alguns princípios e determinantes para a compreensão das novas formações familiares, entre eles o princípio do pluralismo familiar. Para Dias (2007, p. 64), o citado preceito pode ser entendido como a forma de reconhecimento pelo Estado da possibilidade de existência de novos e diversos arranjos familiares. Dessa forma, atualmente encontram abrigo as uniões extramatrimoniais, que anteriormente não eram consideradas de natureza familiar, sendo tratadas como sociedades de fato. Outras formas podem ser reconhecidas, ainda que não indicadas de maneira expressa, entre elas as uniões homossexuais

ou homoafetivas e as uniões estáveis paralelas, compreendidas como unidades afetivas e como tal merecem ser protegidas pelo direito das famílias.

Nessa senda, Matos (2004, p. 156) observa que tal princípio pode receber uma interpretação ampla, abrigando diversas formas de união, cujo único limitador será a dignidade de cada indivíduo, sendo indevido prestar tratamento diferenciado aos “modelos arraigados na sociedade por razões preconceituosas”.

A CRFB/1988 representou um enorme avanço no Direito de Família com a significativa ampliação do conceito de família, deixando de ser o casamento a única forma de constituição da família. Entretanto, com o reconhecimento das mudanças ocorridas na sociedade e a nova realidade advinda dos vínculos familiares e, apesar das novas entidades reconhecidas, não há como ignorar a necessidade de utilizarmos uma interpretação ampla do referido conceito, tal qual estabelece o art. 226 da CRFB/1988, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Reconhecida a realidade plúrima das formas de família listadas no artigo acima, impõe-se a necessidade latente do reconhecimento de novos modelos familiares, tendo em vista as constantes transformações ocorridas na sociedade ao longo do tempo, conforme expõe Dias (2007, p. 41):

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Na seqüência, a autora apresenta seis modelos de entidades familiares: a primeira delas, a família matrimonial que é aquela decorrente do casamento; a família informal, que surge da união estável; a família homoafetiva, que se origina da união de pessoas do mesmo sexo; a família monoparental, formada pelo vínculo entre um dos genitores com seus filhos; a família anaparental, decorrente da convivência entre parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito familiar, por exemplo, a hipótese de duas irmãs idosas que vivem juntas, podendo ser reconhecida como uma família; e, por fim, a família eudemonista, surgida dos vínculos afetivos.

A partir do estudo dessas entidades familiares, e do posicionamento recente dos tribunais pátrios, conclui-se que o rol disposto no art. 226 é exemplificativo, acolhendo novas formas, entre elas a ignorada parceria homoafetiva. Porém, se reconhecer que se trata de um rol exemplificativo e, conseqüentemente, aberto, conforme entendimento majoritário da doutrina, conclui-se que o constituinte entregou à jurisprudência e ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de efetivar a justiça às situações não enquadradas na CRFB/1988.

Nesse sentido, Dias (2007, p. 39-40) expõe:

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além de constituídas pelo casamento. Assim, enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226 § 3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 § 4º), que começou a ser chamada de família monoparental. No entanto, os tipos de entidade familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família. Não se pode deixar de ver como a família a universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Disso não diverge Fontanella (2006, p. 102), asseverando que outras entidades familiares podem ser consideradas como implícitas e, por isso, incluídas no espaço de abrangência do conceito de família apresentado no *caput* do art. 226. Assim sendo, como todo conceito indeterminado é necessário concretizar a partir das experiências de vida, conduzindo à tipificação aberta, flexível e adaptável.

A autora destaca, ainda, que os requisitos para reconhecimento das uniões homossexuais, enquanto entidades familiares são: “a afetividade, a notoriedade e a estabilidade” (FONTANELLA, 2006, p. 103), e estando presentes os citados requisitos, não há como negar proteção a esses relacionamentos.

Dessa forma, observa-se que o texto constitucional buscou proteger a família, sendo imperioso ampliar esta proteção aos modelos familiares que surgem a partir da realidade fática da sociedade, em respeito ao princípio do pluralismo familiar, que lança o desafio de defesa da família, independente da maneira como foi formada, em respeito às escolhas pessoais, aos costumes e comportamentos da sociedade.

Na mesma linha segue o entendimento de Pereira (2006, p. 167-168):

Diante da hermenêutica do texto constitucional e, sobretudo, da aplicação do princípio da pluralidade das formas de família, sem o qual estar-se-ia dando um lugar de indignidade aos sujeitos da relação que se pretende seja família, tornou-se imperioso o tratamento tutelar a todo grupamento que, pelo elo do afeto, apresente-se como família, já que ela não é um fato da natureza, mas da cultura, repita-se. Por tratamento tutelar entenda-se o reconhecimento pelo Estado de que tais grupamentos não são ilegítimos e, portanto, não estarão excluídos do laço social.

Portanto, o verdadeiro desafio encontrado na aplicação do princípio do pluralismo familiar é o tratamento e a proteção necessários aos modelos não expostos no art. 226 da CRFB/1988, pois indevido ilegitimar e negar direitos em função da variedade e peculiaridade das famílias que não têm mesma origem, ou seja, as tradicionalmente aceitas pela sociedade.

### **2.2.1 Famílias originadas do art. 226, § 3º e § 4º, da Constituição da República**

O texto constitucional reconheceu a existência de entidades familiares advindas de outras formas que não o casamento, descrevendo-as no art. 226, § 3º (união estável) e § 4º (monoparental), da CRFB/1988, emprestando-lhes proteção especial.

Sobre a reconhecida união estável, importante ressaltar que tal definição alberga os relacionamentos informais, que passou a ter seu reconhecimento com a CRFB/1988. Tal reconhecimento foi imprescindível para a proteção da “relação íntima de um homem e de uma mulher em que exista a formalização desse vínculo que não pela via do casamento” (JENCZAK, 2008, p. 91), e equiparou as entidades familiares dispostas no art. 226.

Do conceito de união estável, apresentado por Melo (2009, p. 85), tem-se: “é a convivência não-adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua [...], sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem [...] constituindo, assim, sua família de fato”. O referido conceito está disciplinado pelo Código Civil (CC/2002), em seu art. 1.723.

Sobre o reconhecimento da união estável nos tribunais pátrios pondera Dias (2007, p. 156):

A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu, pois restou sem reflexos na jurisprudência. Apesar de a doutrina de maior expressão ter visto o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não se podendo mais falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A relação concubinária, com a denominação legal de união estável, permaneceu sendo tratada no âmbito do direito das obrigações. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas varas cíveis, não sendo redistribuídas às varas de família. Nada foi alterado, como se não tivesse existido a transformação do que antes era considerado um fato espúrio em uma relação jurídica. Também em matéria sucessória não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens. Tímidas as mudanças ocorridas e as raras exceções foram decisões isoladas.

Para dar aplicação fática ao instituto, reconhecido anteriormente como concubinato, surgiram duas leis. A primeira, a Lei n. 8.971/94, que assegurou o direito a alimentos e à sucessão do companheiro, de relação existente há mais de cinco anos ou da qual houvesse nascido filhos. A segunda, a Lei n. 9.278/96 deixou de exigir tempo de relação entre companheiros, determinando que a competência para julgar os litígios é das varas da família, reconheceu o direito real de habitação e, ainda, indicou que a presunção é relativa para estabelecer que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são frutos do esforço comum.

Como forma de delimitar a união estável, a legislação definiu algumas características. Dias (2007, p. 160) ensina que a legislação não apresenta contornos claros à união estável, apresentando características genéricas no art. 1.723 do CC/2002, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura que tenha por objetivo constituir uma família. O legislador preocupou-se em identificar na relação elementos de ordem objetiva, o desejo de constituir família, ainda que essencial seja a existência de vínculo construído a partir do afeto, que desta forma ingressou no mundo jurídico.

Pode-se compreender a união estável como uma forma alternativa ao casamento, com reconhecimento construído pela jurisprudência e efetivado na CRFB/1988. Diz-se então que é efetivamente uma escolha, “a expressão livre de um ato refletido e pleno de afirmação

de liberdade, de modo que o ‘velho’ modelo previsto pelo casamento não se imponha.” (BRAUNER, 2004, p. 266).

No tocante à família monoparental, apresentada no art. 226, § 4º, da CRFB/1988, importa salientar que o conceito representa um alargamento no conceito de família, pois se trata das entidades formadas por somente um dos pais e seus filhos.

Na avaliação de Dias (2007, p. 193):

Com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, as famílias constituídas por um dos pais e sua prole passaram a ter maior visibilidade. Seu expressivo número, com maciça predominância feminina, é uma forte oposição ao modelo dominante da bipolaridade. Essas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e é sabido que percebe salário menor do que o homem. [...]

Durante muitos anos, a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal. As pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal. Porém, o que antes era vivido como uma imposição, atualmente mostra-se como uma escolha livre. Os fatores decorrentes do fenômeno da monoparentalidade cada vez mais se mostram como decisão de um dos membros da família, quer na ruptura da vida matrimonial, quer na opção por uma forma de união livre, quer na decisão de ter um filho sozinho.

A monoparentalidade pode surgir por um desejo pessoal e, ainda, situações em que independe da vontade dos indivíduos, a saber: com a morte de um dos genitores, com a separação ou divórcio dos pares, a adoção por pessoa solteira, a inseminação artificial por mulher solteira ou a fecundação homóloga após o falecimento do marido.

Parte da doutrina entende que a família monoparental pode encontrar interpretação mais aberta, incluindo a relação entre um avô e seus netos, por exemplo, pois bastaria, para caracterizar a monoparentalidade, os laços de parentesco daquele que assumiu as responsabilidades de criação do infante.

Nesse sentido Dias (2007, p. 194) elucida que a família chefiada por qualquer parente, que não o genitor, da mesma forma constitui o vínculo monoparental. Do mesmo modo, as entidades de convívio formadas por quem não seja parente, com crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem ser compreendidas como famílias monoparentais, para tanto, basta que haja diferença de gerações entre os seus membros e que não exista relacionamento de cunho sexual entre as partes. Entende a autora que não é a presença de crianças ou de adolescentes que formaliza o reconhecimento deste tipo de família, que atualmente é um fato social.

A proteção à monoparentalidade passou a vigorar pelo número expressivo de casos encontrados na sociedade brasileira e pela evidente fragilidade da estrutura familiar

monoparental, porquanto apenas uma pessoa fica responsável por prover o sustento e atentar para os cuidados com o lar e com a prole. Espera-se, com este entendimento, o surgimento de políticas públicas que apóiem aquele que se responsabiliza pela criação da prole.

### 2.2.2 Família homoparental

Ainda que não reconhecida expressamente no texto constitucional, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo em nossa sociedade são cada dia mais comuns. Assim, não há como negar direitos aos pares que convivem neste tipo de relação, quando nascem da afetividade e da vontade de constituir uma família. Matos (2004, p. 162) esclarece que é: “relevante nominar com o termo família as uniões homossexuais, porque a utilização desse significado lingüístico comporta um contexto de valores, sentimentos e emoções que firmam referências presentes na realidade concreta”.

Os fundamentos jurídico-constitucionais que garantem o reconhecimento da família homoparental são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a censura a qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV), os princípios da igualdade e da liberdade (art. 5º, *caput*) e, por fim, a garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X). Precursora nas decisões de reconhecimento de entidades familiares formadas por laços homoafetivos, Dias (2008) disserta sobre o surgimento do modelo aqui observado:

O conceito de família mudou e os relacionamentos homossexuais – que passaram a ser chamados de uniões homoafetivas – vêm adquirindo visibilidade. O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo da exclusão social. O fato de não haver previsão legal para específica situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. O silêncio do legislador deve ser suprido pela justiça, que precisa dar uma resposta para o caso que se apresenta a julgamento.

A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, o que faz crescer a responsabilidade do juiz. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato, ensejando a mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a

prova da efetiva participação na sua aquisição. Contudo, a omissão legal não justifica a supressão da homoafetividade e, nem tampouco, faz com que desapareça da sociedade.

Muitas decisões insistem em enquadrar os relacionamentos homoafetivos como uma sociedade de fato, porém essa realidade começa a mudar, e as recentes decisões judiciais passam a considerar as uniões homoafetivas entidades familiares, aplicando, por analogia, a mesma legislação da união estável (art. 226, § 3º, da CRFB/1988). Isso porque, inexistente vedação constitucional ou legal, e por entender-se que as regras do art. 226 da CRFB/1988 são auto-aplicáveis, por ser o dispositivo uma cláusula geral de inclusão.

Sobre esta nova realidade, encontrada na jurisprudência pátria, Dias (2007, p. 183) esclarece que no âmbito do Judiciário, em que são identificadas como uniões homoafetivas, as uniões entre pares do mesmo sexo começam a ser reconhecidas, derrubando barreiras contra o preconceito e, aos poucos, ganham espaço para que sejam compreendidas a partir da afetividade, independentemente da identidade dos parceiros, conquistando um espaço importante ainda que lentamente.

Outra importante observação a ser destacada, diz respeito ao compromisso do Estado de garantir a justiça a seus cidadãos, assegurando o respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade, como muito bem disserta Dias (2007, p. 183):

O princípio norteador da Constituição, que baliza o sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura 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. Mais. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do Estado de Direito.

Tem-se com isso que a formação da família homoparental independe da sexualidade dos parceiros para equiparar-se às famílias formadas por pares heterossexuais, recorrendo-se aos princípios constitucionais sempre que necessário, até que o vazio na legislação seja preenchido.

Para isso, até que a lacuna legal seja resolvida, recorrer-se-á aos princípios constitucionais, sempre que necessário.

### 2.3 A POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PARES HOMOAFETIVOS

Apesar de ser fato reconhecido pela sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro não possui regulamentação para a união estável entre pares homoafetivos, conforme exposto anteriormente. Fato injustificável quando envolve pessoas que se unem para concretizar um desejo comum, a partir de uma relação amorosa, formando uma família.

De acordo com Fontanella (2006, p. 81-82), a união homoparental forma um núcleo familiar constituído por meio do afeto e do amor, o que não depende da formalização da união e, nem tampouco, da procriação. São uniões estabelecidas basicamente pelo desejo de comunhão de vida, passando a integrar as relações de família. Por ser uma realidade na sociedade, é imprescindível que essas famílias sejam inseridas no âmbito do Direito de Família, uma vez que incluí-las no âmbito do Direito das Obrigações equivale a desconsiderar a afetividade em prol do elemento econômico, colocando este acima de qualquer outra condição.

Como inexistente consenso quanto à possibilidade de reconhecimento da união estável entre pares homoafetivos é cabível destacar o posicionamento da doutrina. A parcela da doutrina que defende ser possível o reconhecimento embasa sua opinião na aplicação analógica das regras da união estável, em atenção aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade humana, que vedam “quaisquer ato discriminatório contra as liberdades fundamentais, incluída a discriminação aos homossexuais.” (JENCZAK, 2006, p. 42).

Além disso, a doutrina ampara-se no disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002 (LICC) “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, no art. 126 do Código de Processo Civil (CPC) “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” e no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A ausência de previsão legal não pode significar inexistência de direito à tutela jurídica, devendo o magistrado suprir as lacunas legislativas, embasando-se nos referidos dispositivos.

Para Dias (2007, p. 187):

Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que seja buscado qualquer outro ramo do direito que não o direito das famílias.

Além disso, o reconhecimento de um vínculo afetivo nos relacionamentos em que não há diversidade de sexo possibilita a identificação com uma entidade familiar, sempre que presentes o envolvimento emocional, a estabilidade e a vontade de convivência familiar. E arremata Dias (2003, p. 43), em comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que concedeu direitos sucessórios a uma união homoafetiva:

Como o Direito de Família se justifica pela afetividade, fazer analogia com esse ramo do Direito significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pode-se dizer que, pela primeira vez, a Justiça viu o afeto e o invocou como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas.

O que se pretende na realidade é o fim das injustiças causadas pelo preconceito e o desencontro existente na legislação, jurisprudência e doutrina, reconhecendo-se definitivamente como dignas do alcance da justiça as “famílias homoafetivas”, tutelando estas relações peculiares e equiparando-as com as demais relações familiares.

O TJRS é pioneiro no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, e não se escusou de tomar uma posição ante a lacuna legislativa. A mudança na citada corte de justiça principiou pelo reconhecimento da competência das Varas de Família, para julgar as ações para reconhecimento da união estável entre pares homoafetivos, decisão fundamentada sob a alegação de que o juiz de família está habituado a resolver os litígios desse ramos do direito, conforme se vislumbra na Apelação Cível (AC) n. 598362655 (DIAS, 2003).

APELACAO CIVEL. DECLARATORIA DE SOCIEDADE DE FATO. RELACAO HOMOSSEXUAL. COMPETENCIA. PROCESSO ENVOLVENDO MATERIA DE DIREITO DE FAMILIA, RELATIVO A SUA EXISTENCIA FRENTE AO ORDENAMENTO JURIDICO. COMPETENCIA DO QUARTO GRUPO CIVEL, POR INTERPRETACAO DO INC. III, DO ART.11, DA RESOLUCAO N. 01/98. DECLINARAM DA COMPETENCIA. (TJRS, AC n. 598362655, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 15/09/1999).

Na referida ação houve o reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido, derrubando a justificativa que era utilizada anteriormente para extinção dos processos sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC (impossibilidade jurídica do

pedido), sob o argumento de que não há previsão direta no ordenamento jurídico, para uniões entre pessoas do mesmo sexo. A possibilidade foi deferida, pois entendeu o julgador que os autos descreviam a existência de um vínculo familiar, inserindo a união homoafetiva no âmbito do Direito de Família (DIAS, 2003).

Em 2001, com o julgamento da AC n. 70001388982 houve o reconhecimento dos direitos sucessórios a uma união homoafetiva, deferindo a herança ao parceiro sobrevivente. Utilizaram-se, analogicamente, as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, ainda que ambas façam menção expressa à diversidade de sexos para reconhecimento das uniões estáveis. A justificativa para tanto foi a existência da afetividade, utilizado como elemento para identificação da natureza familiar na união homoafetiva (DIAS, 2003).

O direito real de habitação sobre o imóvel que era dividido pelo par homoafetivo foi reconhecido em discussão sucessória enfrentada na AC n. 70003016136, proposta pela família do companheiro falecido, que sustentava não ser legítima a relação entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2003).

Posteriormente houve o reconhecimento do direito sucessório, dando a totalidade dos bens ao companheiro e afastando a vacância da herança, nos Embargos Infringentes (EI) n. 70003967676. No caso em comento, a decisão foi tomada por um número maior de julgadores, que entendeu ser o único herdeiro o companheiro que conviveu, durante 14 anos, com o *de cujus*. Caso não houvessem sido acolhidos os embargos, a herança seria declarada jacente, deixando desamparado o companheiro, em benefício do Estado (DIAS, 2003).

No ano de 2007, em decisão proferida em Agravo de Instrumento (AI) n. 70018249631, foi garantido o direito de visitas a companheira que acompanhou a criança desde o nascimento, ainda que seu nome não constasse na certidão de nascimento do infante, pois a gestação havia sido planejada por ambas, sendo fundamental garantir ao menor e a companheira a convivência, mesmo que o relacionamento entre as duas mulheres tenha acabado. Houve o entendimento de que o maior prejudicado seria o menor, caso fosse privado da presença daquela que o acompanhou nos primeiros anos de vida e exerceu função materna, participando de sua formação e desenvolvimento (DIAS, 2003).

Tais decisões além de levar em consideração a relação afetiva, buscam respeitar os preceitos constitucionais que vedam atos discriminatórios em atenção à igualdade de direitos. Acrescenta Jenczak (2008, p. 49):

[...] na medida em que tais regras retratam princípios, direitos e garantias fundamentais, considera-se que elas se sobrepõem a qualquer outra, inclusive à

insculpida no Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que prevê o reconhecimento da união estável apenas entre o homem e a mulher.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4ª Região), em decisão confirmada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), condenou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ao pagamento de benefício, inscrevendo o companheiro homoafetivo como dependente preferencial (TRF/4ª Região, ACP n. 2000.71.00.009347-0, 6ª Turma, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, julgado em 27/07/2005, DJU de 10/08/2005). Em função desta decisão, o INSS editou a Instrução Normativa n. 25, com o seguinte enunciado: “estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.” (BRASIL, 2000).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão no Recurso Especial (REsp) n. 395.904/RS, aceitou como possível o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, quando deferiu o pedido pagamento de pensão por morte ao parceiro sobrevivente.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. (STJ, REsp n. 395904/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006).

Em decisão posterior acatou o pedido de inclusão de parceiro dependente no plano de assistência médica.

PROCESSO CIVIL E CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF – UNIÃO HOMOAFETIVA – INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. (STJ, REsp n. 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006).

O STF, ainda que tenha extinguido a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3300 em face de óbice formal, uma vez que o artigo questionado já havia sido derogado, entendeu ser necessário pronunciar-se sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo da seguinte forma:

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria

dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. [...], sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. (STF, ADI n. 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 03/02/2006).

Outra importante decisão partiu do Superior Tribunal Eleitoral (STE), que entendeu ser inelegível candidata que vivia em relação homoafetiva com a prefeita reeleita do município de Viseu/PA, com base no § 7º do art. 14 da CRFB/1988:

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Veja-se o citado julgado:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE, REspe n. 24564 Viseu/PA, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Julgado em 1º/10/2004).

Em parecer expedido recentemente pelo Ministério Público Federal (MPF) ao STF, este órgão manifestou-se pela procedência do pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que pretendia à aplicação do regime jurídico das uniões estáveis (art. 1.723 do CC/2002) às parcerias homoafetivas. Nesse caso, entendeu a Procuradora Geral da República ser a negativa de equiparação “um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de 2ª classe” e, por precaução, ajuizou-se ação de idêntico teor, objetivando o alcance nacional da decisão caso seja procedente o pedido (IMHOF, 2009).

Em 1995, foi apresentado o Projeto de Lei (PL) n. 1151/95 (Lei das Parcerias Domésticas Registradas) de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, cujo objetivo é regular a união entre pares do mesmo sexo. A matéria até hoje não foi apreciada e sua última movimentação ocorreu em 14 de agosto de 2007, quando o deputado federal Celso Russomano solicitou a inclusão do Projeto na ordem do dia, sem qualquer resultado.

Projeto mais recente foi apresentado pelo deputado federal Sérgio Barradas Carneiro, que tem a intenção de criar o “Estatuto das Famílias” (PL n. 2285/07) para formalizar a pluralidade familiar, com reforma e unificação do sistema jurídico brasileiro no que concerne a família, incluindo a possibilidade de reconhecimento e dissolução da união homoafetiva, além de regulamentar questões como a guarda, a adoção, os direitos previdenciários e sucessórios destes pares. Desde 16 de julho de 2009 o projeto encontra-se com a Comissão de Seguridade Social e Família para que se pronuncie sobre o projeto.

Também tramita na Câmara dos Deputados o PL n. 4914/2009, de autoria do deputado federal José Genoíno, para inclusão do art. 1.727-A ao CC/2002. O projeto contempla a seguinte redação para o citado artigo: “Art. nº 1.727-A - São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

Se aprovada, tal proposta porá fim às discussões sobre a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pares homoafetivos.

Nos dizeres de Dias (2007, p. 190):

Existe a tendência de aceitar o que o Poder Judiciário referenda como certo. Assim, no momento em que a justiça consolidar o entendimento de ver as ditas relações como vínculos afetivos, certamente muito contribuirá para amenizar a aversão à homossexualidade. [...] Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação. O Estado não pode se omitir e deixar de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

E conclui:

Merece ser louvada a coragem de ousar, quando se ultrapassam tabus que rondam o tema da sexualidade e rompe-se o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Ainda bem que está havendo verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firme oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito.

Do exposto, denota-se a mudança, ainda que lenta, do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo na jurisprudência pátria, o que tende a desmistificar e minimizar o preconceito ainda existente de forma a maximizar o respeito necessário aos direitos fundamentais de cada indivíduo e acompanhar a evolução dos costumes.

Não há justificativa lógica para a exclusão do acesso à justiça das parcerias homoafetivas, se forem levados em conta os valores e princípios defendidos em nosso ordenamento jurídico, que repelem os preconceitos e buscam promover a efetiva tutela jurídica a todos.

### 3 A ADOÇÃO NO BRASIL

O presente capítulo tem como objetivo, sem a pretensão de esgotar o tema, estudar alguns aspectos da adoção, com o intuito de entender melhor este instituto, que é formador ou ponto de origem de uma família.

Procura-se analisar seus aspectos, sua natureza jurídica, a diferença com os institutos da guarda e da tutela, seus requisitos, a legislação utilizada e os problemas encontrados nas adoções tardias e nas instituições de abrigo, para destacar, no último capítulo, a importância de encontrar uma família para a criança e adolescente, dando-lhe um lar, conforto e segurança, com dignidade, carinho e amor.

#### 3.1 ASPECTOS DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção surgiu da necessidade de perpetuação da família para os casais que não possuíam filhos, com o intuito de dar continuidade patrimonial, moral e religiosa ao núcleo familiar (GIRARDI, 2005, p. 113). Extrai-se da clássica obra de Coulanges (1961):

O dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em caso de esterilidade, e que, em caso de impotência ou de morte prematura, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família um último recurso para escapar à tão temida desgraça da extinção: esse recurso consistia no direito de adotar.

Ainda assim, Pena Júnior (2008, p. 299) afirma que a adoção sempre representou um ato de amor. Desde o Código de Hamurabi, a natureza afetiva do instituto era fator preponderante no ato de adotar.

No Brasil, antes da regulamentação legal do CC/1916, o instituto podia ser encontrado nas Ordenações Filipinas, contudo, os tribunais faziam uso do direito romano porquanto o entendimento era de que se tratava de um ato solene, em que era considerado filho aquele que por natureza não era (VERONESE, 2004, p. 16).

Na vigência do CC/1916, quando o instituto foi pela primeira vez sistematizado, permitia-se a adoção pelos maiores de 50 anos, sem prole constituída, sob o entendimento de que com esta idade a possibilidade de ter filhos era ínfima e a perpetuação da família estaria comprometida.

Mas o instituto da adoção evoluiu e passou a desempenhar papel importante na sociedade brasileira, tornando-se um ato solidário e filantrópico. Assim, não só a necessidade de ter filhos como forma de perpetuar a família passou a ser levada em consideração, mas também a possibilidade de dar um futuro melhor a menores desamparados (GONÇALVES, 2008, p. 339).

A evolução teve como marco inicial a vigência da Lei n. 3.133, de 08 de maio de 1957, que diminuiu a idade dos adotantes para 30 anos, com ou sem prole natural, deixando, contudo, de equiparar os filhos adotivos aos naturais, pois proibia a igualdade nos direitos sucessórios no caso de existirem filhos naturais.

A situação perdurou até o advento da CRFB/1988, que passou a determinar, em seu art. 227, § 6º, a igualdade entre os filhos naturais e os adotados, revogando as normas contrárias anteriores e impedindo a criação de qualquer outra norma discriminatória, uma vez que serão consideradas inconstitucionais. A mesma redação foi posteriormente adotada pelo art. 1596 do CC/2002 e pelo art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990). A necessidade de desligamento do adotado com sua família biológica também foi sendo reconhecida gradualmente.

A adoção foi definitivamente regulamentada pelo ECA/1990, que alterou completamente as regras vigentes até então, distinguindo-se duas espécies de adoção: a adoção civil e a estatutária. A adoção civil, também conhecida como restrita, era a disciplinada pelo CC/1916. A adoção estatutária, prevista no ECA/1990, igualmente chamada de plena, é aquela que reclama a intervenção do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, dando *status* de filho legítimo ao tido por adoção e garantindo acesso a todos os seus direitos (RODRIGUES, 2004, p. 349).

Outra espécie não reconhecida na legislação é a chamada simulada ou à brasileira, nos casos em que a criança é registrada como filho natural, passando por cima de todo o necessário processo legal, uma vez que a criança, muitas vezes, é registrada em nome dos pais, como se filho biológico fosse, ou ainda, quando o filho passa a ser criado informalmente por outra família, que não a sua biológica.

Essa espécie de adoção somente é reconhecida pela justiça quando já formados laços afetivos entre as partes, conforme entendimento do STJ:

[...] a adoção por quem estranho ao cadastro é excepcionalíssima. Admite-se-a quando, estabelecido forte laço afetivo, ‘a autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º)’. (STJ, Resp 837.324/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 18.10.2007).

Atualmente, por adoção entende-se o ato jurídico solene, em que uma pessoa estranha à família é recebida como se filho fosse, dependendo de decisão judicial para produzir seus efeitos (LÔBO, 2008, p. 248).

Colhe-se a definição dada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em sua cartilha para incentivo ao instituto (FERREIRA, 2007, p. 6):

A palavra adotar vem do latim *adoptare* que significa escolher, perfilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, desejar. Do ponto de vista jurídico a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças/adolescentes todos os direitos e deveres de filho quando e somente quando forem esgotados todos os recursos oferecidos para que a convivência com a família original seja mantida. É regulamentada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina claramente que a adoção deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança/adolescente. A adoção representa também a oportunidade do exercício da paternidade/maternidade para pais que não puderam ter filhos biológicos ou que optaram por ter sem vinculação genética, além de eventualmente atender as necessidades da família de origem, que não pode cuidar de seu filho.

Reconhece-se a adoção como uma forma de dar uma família àqueles que, por algum motivo, não podem contar com sua família natural, sendo a paternidade/maternidade exercida por alguém que tem o desejo de ter filhos.

Para Diniz (2008, p. 484): “é uma medida de proteção e de caráter humanitário, [...] dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado com uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”.

O CC/2002, mantendo a orientação do ECA/1990, instituiu a adoção plena, seguindo as mesmas características para adultos, crianças ou adolescentes (DIAS, 2007, p. 426). A Lei n. 12.010/09 unificou a legislação, alterando dois artigos do CC/2002 e revogando outros oito, com a determinação expressa de que a adoção de pessoas de qualquer idade deve obedecer ao disposto no ECA/1990.

Para a adoção deve ser observado o princípio do melhor interesse do menor, atendendo ao disposto no art. 6º da vigente CRFB/1988, reproduzido no art. 43 do ECA/1990: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Sobre o tema esclarece Venosa (2008, p. 261):

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança ou do Adolescente (Lei nº 8.069/90), bem como no corrente Código. A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filiação de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

Um dos principais requisitos para a concessão da adoção é a conveniência, ou seja, a análise da vida e do bem estar do adotado, que deve vir em primeiro lugar, com ênfase para o amor, o afeto e o comprometimento, em detrimento do interesse particular dos adotantes.

Das muitas alterações ocorridas no instituto da adoção ao longo do tempo, a inclusão da conveniência como um de seus requisitos talvez tenha sido a de maior significado, que passou a reger os processos e repercutiu, também, na natureza jurídica da adoção, que deixou de ser compreendida como um contrato por tornar-se mais complexa, como se verá a seguir.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

Não há consenso quanto à natureza jurídica da adoção, “alguns a consideram contrato; outros, ato solene, ou então filiação criada pela lei, ou ainda instituto de ordem pública.” (GRANATO, 2003, p. 26).

No sistema do CC/1916 a adoção era admitida como um contrato. Nas palavras de Gonçalves (2008, p. 338): “tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. [...] Admitia-se a dissolução do vínculo, sendo as partes maiores, pelo acordo de vontades”.

Com o advento da CRFB/1988, o instituto tornou-se mais complexo e passou a exigir sentença judicial, segundo previsão encontrada no *caput* do art. 47 do ECA/1990: “o

vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

Em interpretação ao disposto no ECA/1990 leciona Venosa (2008, p. 265-266):

[...] na adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente não podemos considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estado participa necessária e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial, [...]. Sem esta, não haverá adoção. A adoção moderna, da qual nossa legislação não foge à regra, é direcionada primordialmente para os menores de 18 anos, não estando mais circunscrita a mero ajuste de vontades, mas subordinada à inafastável intervenção do Estado. Desse modo, na adoção estatutária há ato jurídico com marcante interesse público que afasta a noção contratual. Ademais, a ação da adoção é ação de estado, de caráter constitutivo, conferindo a posição de filho ao adotado.

Pela interpretação da legislação em vigor, não há como considerar a adoção, nos atuais moldes, como um contrato, pois, apesar de depender da vontade das partes, deve atender às formalidades impostas pelo Estado, sendo deferida por sentença judicial, como forma de preservar o interesse do adotado, tornando-se então irrevogável.

Entende Pena Júnior (2008, p. 299) que é ato complexo com a necessidade de manifestação de vontade do adotante, do adotando e do Estado. Tem, por isso, uma fase de caráter negocial e outra, posterior, de caráter judicial, oportunidade em que é verificada a conveniência ou não da adoção.

Nas palavras de Fonseca (2004, p. 99):

Firmou-se o entendimento, porém, de que se trata de ato complexo, ou seja, um ato jurídico em sentido estrito, que se desenvolve em duas etapas, sendo que, na primeira, temos uma emissão volitiva, que não é bastante, e que se concretiza na segunda, quando, após processo regular, a pretensão é acolhida, e o juiz exara sentença constitutiva. Pela adoção constitui-se a situação de filho, o qual pode exigir todos os direitos que lhe são pertinentes. Há transferência do poder familiar aos pais adotivos, que passam a exercê-lo em sua plenitude.

Assim sendo, conforme o preceito constitucional e, independente da natureza jurídica que se atribua ao instituto, o Poder Público dará assistência a todos os atos da adoção, observados dois aspectos: a formação que ocorre a partir de um ato de vontade, atendendo os requisitos legais e o *status* de natureza institucional.

Para melhor compreensão da adoção e com o intuito de esclarecer possíveis dúvidas, necessária a diferenciação com outros dois institutos diretamente ligados ao “poder familiar” que a família exerce sobre o menor, quais sejam: a guarda e a tutela.

### 3.3 DIFERENÇA ENTRE ADOÇÃO, GUARDA E TUTELA

No CC/2002 a guarda é instituto inerente ao “poder familiar”. No ECA/1990 ela está vinculada à transferência do Poder Familiar a terceiro. O importante é que se entende por guarda o instituto pelo qual um adulto tem o dever de proteger o menor de 18 anos. A princípio, a guarda é exercida naturalmente pelos pais em função de seus filhos, mas pode ser fixada a terceiro ou apenas a um dos pais, por decisão judicial, prolatada pelo Juízo da Família ou da Infância e da Juventude (GUIMARÃES, 2005, p. 15). Mesmo quando a criança é colocada sob a guarda de uma família substituta, não há necessidade de prévia suspensão ou destituição do Poder Familiar (DINIZ, 2008, p. 577).

A guarda por família substituta visa a proteção de menores que, por algum motivo, não podem ficar com seus pais, separação esta que pode ser definitiva ou provisória. Tem caráter assistencial, uma vez que a maior responsabilidade da guarda consiste na assistência material, afetiva e educacional. Poderá ser concedida, além da família substituta, para abrigos, famílias guardiãs e a candidatos a pais adotivos durante o estágio de convivência, antes de deferida a adoção (FERREIRA, 2007, p. 7). A guarda será exercida por pessoa idônea e que ofereça um ambiente familiar adequado, sendo responsável por desempenhar o encargo, nos termos dos arts. 32 e 170 do ECA/1990 (DINIZ, 2008, 578).

No tocante ao instituto da tutela, este depende diretamente da suspensão ou destituição do Poder Familiar, visando substituí-lo. Será conferida à pessoa capaz, para que cuide de menor e administre seus bens. Tem caráter assistencial, com obrigação dada pelo Estado para criação do menor, como ressalta Gonçalves (2008, p. 583):

Os filhos menores só são postos em tutela se acontece o falecimento ou a ausência de ambos os pais, ou se ambos decaem do poder familiar, pois os tais fatos ocorrem com apenas um deles, o poder familiar se concentra no outro, ainda que este venha a novamente se casar. O incapaz maior de idade é, todavia, submetido à curatela (CC, art. 1.767).

Na tutela, um adulto passa a ser representante legal do menor, na ausência de seus pais, com objetivo de gerir sua vida e administrar seus bens (FERREIRA, 2007, p. 7), estando o tutor encarregado de zelar pela educação, criação e haveres. Pode ser definida como o poder conferido por lei para proteção e administração dos bens dos incapazes por idade, em substituição ao Poder Familiar (GUIMARÃES, 2005, p. 25).

Já a adoção é o mais amplo dos três institutos, pois cria a filiação civil após a perda do Poder Familiar dos pais biológicos. Sua aprovação pelo juízo competente gera efeitos permanentes, definitivos e irrevogáveis, mesmo com a morte do adotante, não podendo ser extinta por ato de vontade de qualquer das partes, ao contrário da tutela e da guarda, que são soluções temporárias.

A adoção gera diversos efeitos que principiam com o trânsito em julgado da sentença, logrando efeitos retroativos quando houver o falecimento do adotante no curso do procedimento (art. 47, § 7º, ECA/1990).

Um dos primeiros efeitos é colocar fim à relação do adotado com sua família de origem. O único vínculo residual é o relativo aos impedimentos matrimoniais, com a finalidade de evitar o incesto. Além disso, ressalta-se a importância da afetividade em detrimento da origem da criança (LÔBO, 2008, p. 262).

Outro efeito será o uso do sobrenome do adotante com a possibilidade de alteração do prenome, em respeito ao direito absoluto e inato a ter um nome (arts. 47, §§ 5º e 6º, do ECA).

No mais, tem-se que: será constituída a relação de parentesco com o adotante, com todos os direitos e deveres inerentes da paternidade, inclusive com o Poder Familiar; constitui relação de parentesco entre o adotante e os descendentes do adotado; constitui a relação de parentesco entre o adotado e os ascendentes e colaterais do adotante (LÔBO, 2008, p. 264).

### 3.4 REQUISITOS E CRITÉRIOS DA ADOÇÃO

De acordo com o ECA/1990, os principais requisitos da adoção são: idade mínima de 18 anos para o adotante (art. 42, *caput*); diferença de 16 anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar (art. 45, *caput*); concordância do adotando, se for maior de 12 anos (art. 42, § 2º); processo judicial (art. 47); e o efetivo benefício para o adotando (art. 43).

Assim, estão aptas a adotar todas as pessoas maiores de 18 anos, sendo este um ato pessoal. A lei não especifica o estado civil, o sexo e a nacionalidade do adotante, contudo, estão impossibilitados os absolutamente ou relativamente incapazes, pois o adotante deve

estar em plenas condições morais e materiais para exercer a função de pai/mãe. Não há limites para o número de filhos adotados.

Determina o art. 29 do ECA/1990: “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”, tentando garantir a estabilidade dos cônjuges ou companheiros.

Para casais em que um dos cônjuges é menor de 18 anos, Gonçalves observa (2008, p. 349) a necessidade de comprovação da estabilidade familiar:

[...] que o casal tenha um lar onde reina a harmonia no relacionamento e exista segurança material, possibilitando a conclusão de que a idade reduzida de um deles não representa risco às responsabilidades decorrentes da paternidade ou maternidade. A exigência como se pode constatar pela clara redação do dispositivo em apreço, não se aplica apenas à união estável. Tendo em vista o requisito de que o adotante seja ao menos dezesseis anos mais velho que o adotado, não será possível a adoção pelo cônjuge menor, se não tiver ao menos dezesseis anos de idade.

No tocante à adoção por indivíduo homossexual, não há empecilhos nos tribunais pátrios se este for solteiro, o mesmo não acontece com os pares homoafetivos, que encontram enorme resistência para formalizar a adoção em nome de ambos os companheiros. Entretanto, questiona-se tal impedimento quando o ato possibilitar uma vida mais digna ao adotando (FONSECA, 2004, p. 103).

Não podem adotar os tutores e os curadores, em relação aos seus pupilos e curatelados, enquanto não houver prestação de contas da administração, em proteção aos interesses do menor (art. 44 do ECA/1990).

Da mesma forma, segundo o disposto no art. 42, § 1º, do ECA/1990: “não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”, tal determinação visa impedir a confusão de parentesco, não havendo restrição para parentes colaterais.

Em caso de falecimento do adotante no decurso do procedimento, se já houver sido colhida a inequívoca manifestação de vontade do *de cuius*, poderá ser deferida a adoção (art. 42, § 6º, do ECA/1990), sendo esta chamada de adoção *post mortem*.

Quando apenas um dos cônjuges for o adotante, torna-se indispensável a concordância do outro cônjuge para formalizar a adoção (DIAS, 2007, p. 428).

Em atenção ao art. 39, § 2º, do ECA/1990, não é permitida a adoção mediante procuração, pois trata-se de ato pessoal e personalíssimo.

Determina o ECA/1990 que poderão ser adotadas as crianças e os adolescentes “em situação de risco, desassistidos, expostos ou com o consentimento dos pais ou responsáveis legais para a adoção” (FONSECA, 2004, p. 104).

Assim, nas palavras de Ferreira (2007, p. 9) estão aptas à adoção as crianças e os adolescentes, cujos pais “falecidos ou desconhecidos, tiverem sido destituídos do Poder familiar ou buscarem o Poder Judiciário para entregar seu filho para adoção”, que é regulada pelo ECA/1990.

Por outro lado, a adoção de maiores vem disposta na nova redação do art. 1619 do CC/2002: “a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Apesar do disposto no art. 1619, acima citado, sobre a adoção de maiores, a Lei n. 12.010/09 manteve a redação do art. 40 do ECA/1990, *verbis*: “o adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes”.

O marido e a mulher não podem ser adotados pelo mesmo adotante em atenção ao impedimento matrimonial disposto no CC/2002, pois resultaria em casamento entre irmãos (FONSECA, 2004, p. 104).

A exigência de processo judicial reveste a adoção como ato jurídico, assistido pelo Poder Público e decretado pelo juízo competente, eliminando a possibilidade de adoção por escritura pública (LÔBO, 2008, p. 260). A sentença dotará o menor do *status* de filho (GIRARDI, 2005, p. 123).

Nas palavras de Gonçalves (2008, p. 353), em comentário ao art. 1619 do CC/2002 em sua antiga redação, cuja determinação pode ser hoje encontrada no art. 42, § 3º, do ECA/1990:

Podem ser adotadas, portanto, todas as pessoas cuja diferença mínima de idade para com o adotante seja de dezesseis anos, uma vez que o art. 1.619 do Código Civil exige que o adotante seja “*pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado*”. A permissão abrange tanto as pessoas capazes como as incapazes, seja a incapacidade absoluta ou relativa. O consentimento, no último caso, será manifestado pelo representante legal do incapaz.

A diferença mínima de 16 anos tem como objetivo garantir que o adotante desempenhe eficientemente o poder familiar (GONÇALVES, 2008, p. 355).

Por regra, tem-se que não há adoção sem o consentimento dos pais biológicos ou representantes legais (art. 45, *caput*, do ECA/1990), ainda que a simples discordância não resulte obrigatoriamente no desacolhimento do pedido (DIAS, 2007, p. 428). Todavia, o assentimento pode ser dispensado conforme o exposto no art. 45, § 1º, do ECA/1990, desde que observado o preceito do art. 24 do ECA/1990, c/c o art. 1638 do CC/2002:

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

Art. 24 - A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Art. 1638 - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Dias (2007, p. 430) entende ser descabida a manifestação dos pais naturais para a adoção, pois, “presente a filiação afetiva e estando o adotado convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores para a adoção”.

Observa-se que a concordância do adotando respeita o § 2º do art. 45 do ECA/1990, que faz referência expressa aos menores com idade superior a 12 anos. O objetivo é a manifestação de vontade ao juiz e à pessoa especializada no Juizado da Infância e da Juventude para certificar-se que não há qualquer vício de manifestação (FONSECA, 2004, p. 110).

A adoção de menores de 18 anos deverá atender ao estágio de convivência (art. 46 do ECA/1990) com a finalidade de análise de compatibilidade entre adotante e adotando. Nesse caso, o resultado é fator determinante no processo apresentado ao Juízo da Infância e Juventude, da comarca de domicílio dos pais ou responsáveis pelo adotando (art. 148, III, ECA/1990). Na adoção de maiores, a competência é do Juízo da Família do foro de domicílio do adotando, dispensando-se o estágio de convivência.

Registra-se que o art. 42, § 4º, do ECA/1990 admite a possibilidade da adoção por casais divorciados, separados judicialmente ou, ainda, pelos ex-companheiros, quando o estágio de convivência iniciou-se na constância da sociedade conjugal.

No registro civil do adotado não haverá Menção à origem da filiação, evitando-se possíveis discriminações no futuro (LÔBO, 2008, p. 260). Para tanto serão atendidos os requisitos do art. 47 do ECA/1990:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

§ 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo.

Ainda que vislumbrados todos os requisitos possibilitadores da adoção, doutrina e a jurisprudência são uníssonas em alertar sobre a necessidade de atender aos interesses do menor. À primeira vista, esse parece ser um cuidado positivo, que busca principalmente a defesa dos interesses da criança. Entretanto, tal argumento vem sendo utilizado para embasar decisões eivadas de preconceitos de ordem pessoal, principalmente nos casos de pares homoafetivos. Girardi (2005, p. 127), em comentário à distorção nas adoções internacionais, inter-raciais e por pares homoafetivos, comenta que:

Estas adoções, muito mais do que nos meros requisitos legais, encontram a barreira dos valores sociais e são mais ou menos difundidas, dependendo do estágio em que se encontra determinada sociedade, seus conceitos de cidadania e pluralidade, os quais são inevitavelmente retratados nas decisões que conferem ou não tais adoções, quando elas atenderem o melhor interesse do menor ou do adolescentes envolvidos.

Se aplicado na forma como conceituado, o melhor interesse do menor deveria levar em consideração a situação em que se encontra o adotando, verificando-se as condições econômicas e sociais, além, é claro, de sua qualidade de vida, e prospectando-se os benefícios que a adoção trará e se esta é a melhor opção para o desenvolvimento físico e emocional do menor.

Atenção maior deve ser dada àquelas que passam sua infância e adolescência em instituições de abrigo, e deixam de ter o suporte familiar necessário à garantia de seu desenvolvimento social e emocional.

### 3.5 AS INSTITUIÇÕES DE ABRIGO E A DIFICULDADE DAS ADOÇÕES TARDIAS

Em observância ao art. 19 do ECA/1990, a criança ou o adolescente têm o direito à convivência familiar, em sua família de origem ou em família substituta, visando garantir a efetivação de seus direitos (GIRARDI, 2005, p. 105).

Na ausência de uma boa convivência familiar, em situações de abandono e insalubridade, os menores são retirados do núcleo familiar e encaminhados a abrigos, que deveriam servir como um lar provisório, por um curto período de tempo, em atenção ao disposto no art. 101 do ECA/1990, mas onde muitas vezes permanecerão até completarem 18 anos, após ali passar toda sua infância e adolescência.

A Lei n. 12.010/09 fixa o prazo máximo de dois anos para a estadia de crianças e adolescentes em uma instituição de abrigo, e durante esse tempo deverão as instituições, juntamente com as equipes técnicas do Poder Judiciário, confeccionar relatórios semestrais ao juízo competente, informando a situação sócio-jurídica do menor e de sua família biológica, sob pena de responsabilidade. Contudo, não fica claro qual será o procedimento adotado depois de decorridos os dois anos, sem que o destino da criança ou adolescente seja definido (art. 19, §§ 1º e 2º, do ECA/1990).

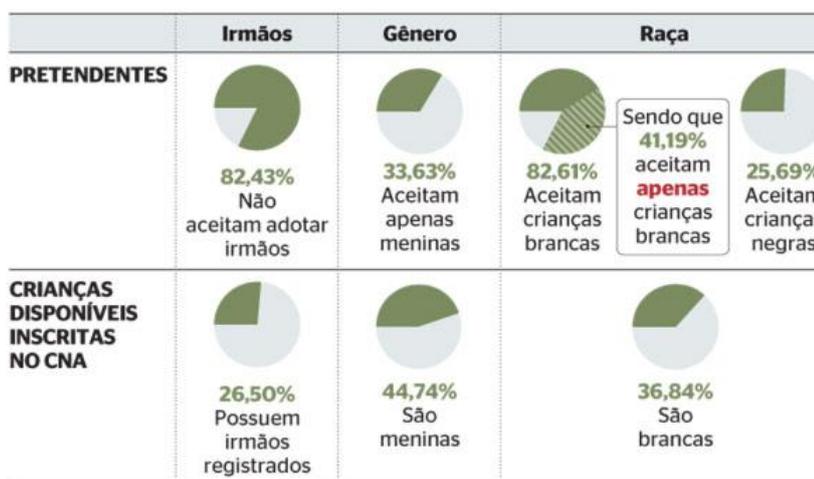
Da definição de Ferreira (2007, p. 7):

O abrigo é uma modalidade de acolhimento institucional para crianças e adolescentes que não podem ficar com seus pais, provisoriamente ou em definitivo. O abrigamento deve ser uma medida excepcional, utilizada somente quando esgotados todos os esforços para manter a criança/adolescente na família e na comunidade. Nesta situação, o acolhimento temporário em abrigo é indicado até que a criança possa ser colocada em uma família substituta. No entanto, existem abrigos que funcionam como instituições definitivas que dificultam a manutenção e/ou formação de novos vínculos familiares e com a comunidade. Para que o abrigamento possa ser uma medida excepcional e provisória é necessário o cumprimento das atribuições e responsabilidades de todos os órgãos do Sistema de Garantia de Direitos e, além disso, a constituição de um trabalho integrado entre o Sistema de Justiça e os abrigos.

É cediço que a preferência nacional para adoção é por crianças menores de 2 anos, do sexo feminino e em bom estado de saúde. Isso, por si só, explica a razão de existirem mais interessados do que crianças e, ainda assim, as adoções não serem efetivadas. Dados apresentados em reportagem da revista *Época*, de julho de 2009, dão conta de que, atualmente, o cadastro nacional de adoção tem 22.390 inscritos, enquanto 3.277 crianças estão em condições de serem adotadas (MELLO, 2009).

A reportagem citada apresenta ainda os seguintes dados (Gráfico 1), que representam as exigências feitas pelos pretendentes à adoção (MELLO, 2009):

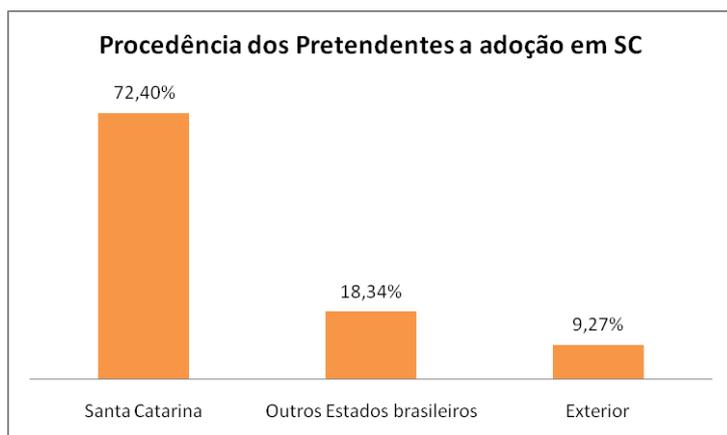
Gráfico 1 – As exigências dos pais em busca de uma criança “ideal” adiam o sonho e o direito da criança real à espera de uma família nas instituições de acolhimento.



Fonte: MELLO, Kátia, YONAHA, Liuca. **O lado B da adoção**. 20/07/2009. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI83075-15228-4,00-O+LADO+B+DA+ADOCACAO.html>>. Acesso em 29 set. 2009.

No Estado de Santa Catarina existem atualmente 3.561 inscritos na lista de adoção, sendo a maioria deste Estado (Gráfico 2), convivendo na constância do casamento (Gráfico 3), conforme se extrai dos dados fornecidos pela Corregedoria-Geral de Justiça do Poder Judiciário de Santa Catarina (CGJ), que desde o ano de 2005 mantém um sistema informatizado para armazenamento, controle e gerenciamento de dados contendo os pretendentes à adoção, as entidades de abrigo e as crianças e adolescentes abrigados ou em condições de colocação em família substituta, o denominado Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (CUIDA).

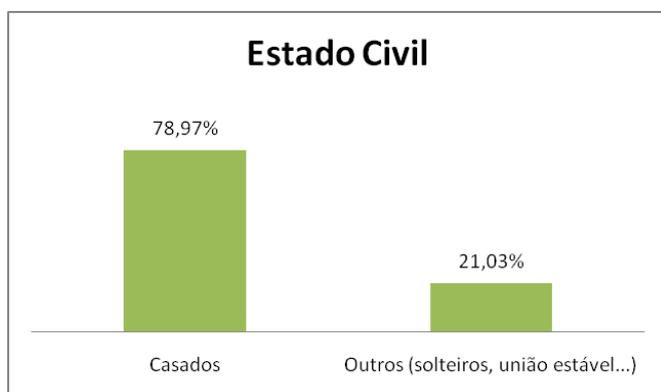
Gráfico 2 – Procedência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina.



Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Apesar da necessidade de informar o estado civil dos adotantes, não existem dados que mencionem quantos são homossexuais e se existem pares homoafetivos interessados na adoção em Santa Catarina. Os dados são apresentados da seguinte forma:

Gráfico 3 – Estado Civil dos pretendentes à adoção em Santa Catarina.



Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Ainda em Santa Catarina, o número de crianças abrigadas é de 1.676, sendo 496 em condições de serem adotadas, o que representa 1 criança abrigada para cada 7 interessados, mas que não encontram um lar por não se enquadrarem nas características desejadas pelos adotantes. Na seqüência, nos Gráficos 4, 5 e 6, algumas das características de crianças e adolescentes aptos para a adoção em Santa Catarina: sexo da criança, faixa etária e tempo de abrigamento.

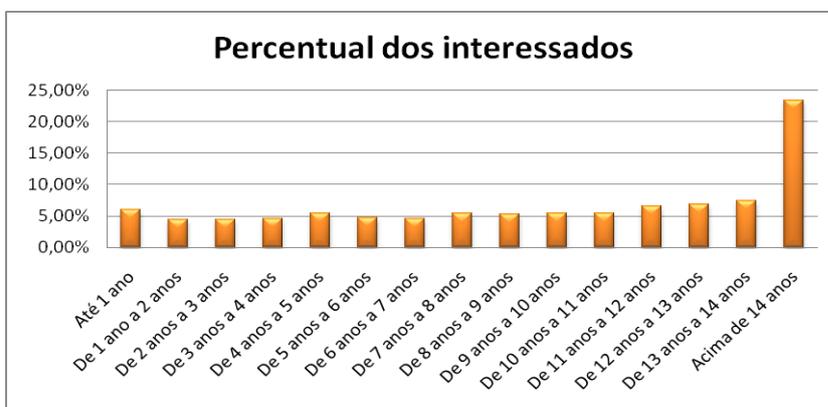
Gráfico 4 – Perfil das crianças abrigadas em Santa Catarina - Sexo da criança.



Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

A maioria dos pretendentes à adoção tem interesse em crianças recém-nascidas, o que pode justificar, em grande parte, a demora nos processos de adoção e a manutenção de menores nas instituições de abrigo. A justificativa pela preferência seria a memória da criança maior, que entraria na relação familiar com marcas psicológicas, as quais poderiam dificultar o relacionamento (WEBER, 2005, p. 110).

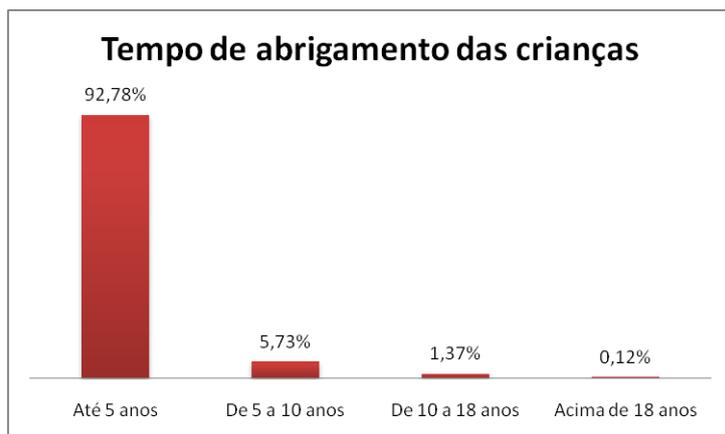
Gráfico 5 – Perfil das crianças abrigadas em Santa Catarina – Faixa etária.



Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Um dos maiores problemas, e que foi objeto de preocupação por parte do legislador na redação da Lei n. 12.010/09, é o tempo do abrigamento (Gráfico 6), pelas consequências que pode causar ao adotado, conforme se demonstra neste capítulo. A seguir, são apresentados os dados relativos ao tempo de permanência nas instituições de abrigo em Santa Catarina:

Gráfico 6 – Perfil das crianças abrigadas em Santa Catarina – Tempo de abrigoamento.



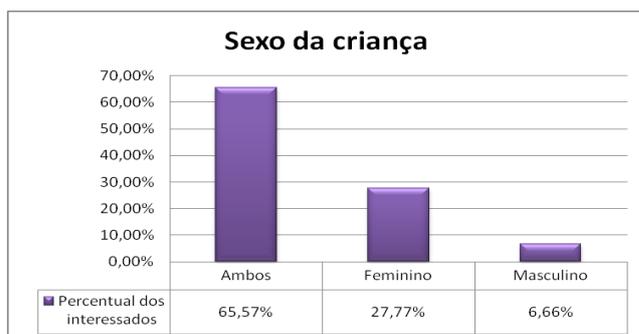
Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Como afirmado anteriormente, fator preocupante é a falta de interesse pelas crianças com idade superior a dois anos, que configuram a adoção tardia e sofrem um preconceito ainda maior por terem um “passado”. Importante esclarecer que “adoção tardia” é a expressão utilizada para descrever a adoção de crianças ou de adolescentes, quando essas ultrapassam a idade de maior interesse dos adotantes (FERREIRA, 2007, p. 7).

O perfil buscado por pretendentes à adoção é o maior empecilho para a celeridade do processo. Segundo pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, quando da implementação do Cadastro Nacional de Adoção, podia-se observar que “quanto às preferências, 70% só aceitam crianças brancas. [...] 80,7% exigem crianças com no máximo 3 anos” (PACHÁ, 2008), sendo que 75% deseja crianças do sexo feminino.

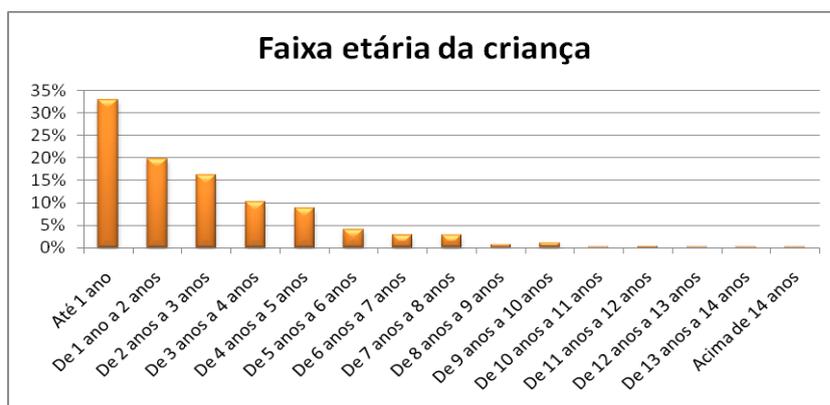
A realidade catarinense é um pouco diferente, pois não há essa preferência discrepante por crianças do sexo feminino (Gráfico 7), mas a idade (Gráfico 8) e a etnia (Gráfico 9) coincidem com o perfil nacional, como se observa nos dados a seguir:

Gráfico 7 – Preferência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina – Sexo da criança que querem adotar.



Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Gráfico 8 – Preferência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina – Faixa etária da criança que querem adotar.

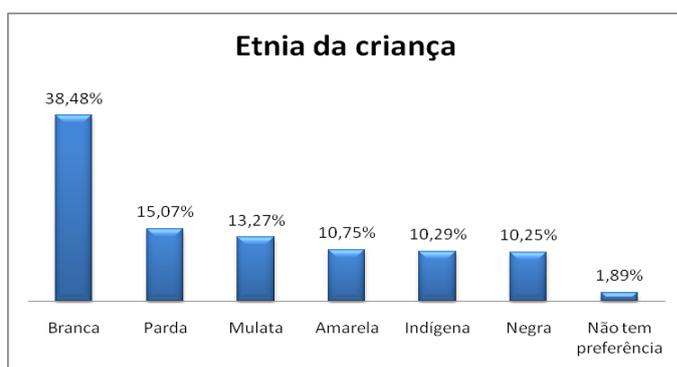


Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Como poderá se constatar no próximo capítulo, as exigências feitas pelos pares homoafetivos que já conseguiram formalizar a adoção, fogem da regra apresentada pelos gráficos mostrados, pois, ao contrário da maioria dos interessados na adoção, esses casais não possuem um estereótipo de filho ideal e interessam-se em uma criança sem seguir o padrão da sociedade.

A preferência pela etnia é uma forma de manter as características encontradas na família adotante, acontece que é uma maneira de camuflar a adoção e de esconder um preconceito dos próprios adotantes. Em pesquisa realizada por Weber (2005), na qual foram entrevistados 240 pais adotivos (provenientes de 17 Estados brasileiros), constatou-se que a principal motivação para a adoção foi o fato de não terem filhos próprios (50%), com destaque para o desejo de seguirem o padrão biológico e, por isso, a vontade de encontrarem crianças com traços parecidos com o da família interessada, além do interesse de passarem pela experiência de cuidar de um bebê com poucos dias de vida, em atenção às necessidade dos adultos.

Gráfico 9 – Preferência dos pretendentes à adoção em Santa Catarina – Etnia da criança que querem adotar.



Fonte: CUIDA (2009). Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Dados extraídos em 30/09/2009.

Além dos dados apresentados, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) de Santa Catarina, responsável pelo CUIDA, revela que atualmente 461 crianças, estão em estágio de convivência e, desde a implantação do cadastro em 2005, 1.672 adoções foram efetivadas no Estado.

No ano de 2008, na comemoração do Dia da Adoção realizada na Câmara dos Deputados, foram apresentados os seguintes números em análise aos problemas encontrados para dinamizar o processo de adoção no Brasil (FERNANDES, 2008):

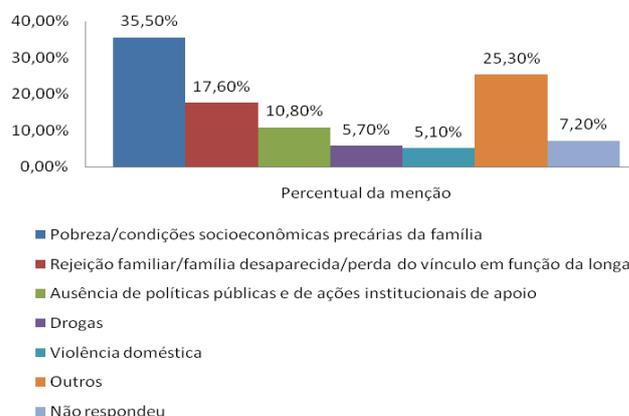
O primeiro problema, avaliaram os parlamentares, está no perfil da maioria das crianças adotáveis, que não se compatibiliza com as exigências dos cerca de 7 mil casais brasileiros e 300 estrangeiros que estão em filas de adoção. Pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) aponta que, dos 15% dos brasileiros dispostos a adotar, 32,1%, escolheriam crianças de até 6 meses; e 28,2%, de 6 meses a 3 anos.

Outro levantamento, dessa vez do **Ipea**, mostra que, entre as crianças nos abrigos, a maioria é de meninos (58,5%), afrodescendentes (63,6%), na faixa entre 7 e 15 anos de idade (61,3%). O principal motivo para as crianças estarem em abrigos, segundo a pesquisa, é pobreza (24,2%), o abandono (18,9%), a violência doméstica (11,7%), dependência química dos pais (11,4%) e a orfandade (5,2%).

A questão é cultural, pois representa um modelo de filho ideal, sendo necessário tempo e uma campanha de sensibilização para a quebra dos atuais paradigmas.

Além de não estarem enquadradas nas características desejadas para a adoção, muitas das crianças abrigadas não estão aptas a serem adotadas, pois ainda possuem vínculo com sua família natural. Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostra os motivos de ingresso nos abrigos e que dificultam o retorno à família de origem:

Gráfico 10 – Brasil: principais dificuldades para o retorno do abrigado à família de origem.



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit7.pdf>>.

As crianças mantidas em abrigos sofrem duplamente: pela ansiedade provocada pelo desejo de um novo lar e pela falta de uma base familiar, afinal são criados pelas equipes dos abrigos, sem laços de intimidade, e ao atingirem a maioridade devem seguir sua vida sem um referencial de família.

As unidades de abrigo, apesar do árduo trabalho feito pelos funcionários destes lugares, não conseguem reproduzir o ambiente familiar saudável e ideal para o desenvolvimento pessoal, pois os menores acabam por ficar sem referências familiares e “a intimidade de uma vida pessoal que lhes permita um desenvolvimento afetivo digno e estável” (GIRARDI, 2005, p. 110).

Em relato da psicóloga paranaense Lídia Natália Dobriansky Weber (apud COUTO, 1998, p. 101) observa-se a realidade de abandono nas instituições de abrigo:

Pesquisas [...] revelam que a maioria dessas crianças chega às instituições através de suas próprias famílias, geralmente monoparentais (nas quais só a mãe está presente) e desfavorecidas economicamente. A maioria, a partir do momento em que chega às instituições, não recebe mais visitas de sua família e passa a fazer parte de um contingente especial da população: os filhos de ninguém. As famílias, que em princípio pensam em utilizar a instituição como um colégio interno, desaparecem. As famílias, no entanto, continuam detentoras do pátrio poder e as crianças nem sequer têm o direito de serem colocadas em uma família substituta. [...]  
Por que as crianças crescem nesses abrigos? Ninguém duvida que é uma violência a destituição do pátrio poder, mas não é uma violência uma criança crescer sem referência familiar?

Caso se leve em consideração o novo conceito de família, a qual se constrói em torno do amor, e este for aplicado ao instituto da adoção, revelar-se-á a necessidade latente de mudança da cultura da adoção, que “implica numa importante questão: toda criança tem o direito de se desenvolver numa família e não em abrigos, por melhores que sejam as condições estruturais desses últimos” (VERONESE, 2005, p. 212).

Importante observação feita por Dias (2007, p. 426) relacionada sobre a questão fundamental do amor no ato da adoção:

[...] A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado, mas é incrível como a sociedade ainda não vê a adoção como deve ser vista. Precisa ser justificada como razoável para reparar a falha de uma mulher que não pode ter filhos. Trata-se de modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por opção.

Sendo o abandono uma realidade constatada pelas pesquisas, o incentivo à adoção é medida de urgência, para propiciar à criança ou ao adolescente o direito de viver em família

e de desenvolver-se de forma digna e saudável. Urge a necessidade de construção de uma nova cultura de adoção que, embasada na legislação pátria, possa auxiliar no encontro entre o menor e as famílias que tanto desejam um filho, deixando de lado preconceitos e paradigmas, para tornar realidade o desejo destas pessoas.

### 3.6 LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A CRFB/1988, que reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direito, consolidou a igualdade de direitos e qualificações aos filhos, inclusive aqueles tidos por adoção, passando a ser única a origem da filiação (DIAS, 2007, p. 427).

O texto constitucional, em seu art. 227, reconhece os direitos fundamentais da criança e do adolescente, dando suporte constitucional às normas posteriores, determinando que é dever constitucional da família, da sociedade e do Estado a proteção à criança e ao adolescente, proteção integral, especializada e diferenciada, assegurando-lhes, prioritariamente, os direitos enumerados no *caput* do artigo, pela promoção de programas assistenciais (VERONESE, 2004, p. 113).

No tocante à adoção, determina o citado artigo:

Art. 227. 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.

[...]

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - 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.

Ordena o supracitado artigo que a adoção será assistida pelo Poder Público (§ 5º) e, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o preceito exposto no § 6º iguala os filhos legítimos aos adotados e os insere na família, resgatando sua dignidade. Colhe-se da lição de Veronese (2005, p. 203):

Percebemos aí uma grande evolução, pois como negar a uma certa criança, gerada no ventre do amor, de uma opção pela maternidade-paternidade, o direito de ser verdadeiramente filho(a), em contraposição ao que foi gerado no ventre físico (ainda que muitas vezes indesejado) da mãe. Realmente, constituía-se num grande paradoxo, uma insensatez legitimada pelo direito que relativizava a *mater gestatrix*, diminuindo, portanto, o primeiro tipo de filiação em detrimento do segundo.

A redação do § 6º do art. 227 da CRFB/1988 foi reproduzida integralmente no art. 20 do ECA/1990, oferecendo suporte protetivo aos menores, em atenção à recomendação constitucional e de organismos internacionais (GIRARDI, 2005, p. 123). Os arts. 39 ao 52 do ECA/1990 tratam exclusivamente da adoção de menores de 18 anos, igualando o adotado ao filho biológico e desligando-o do vínculo com sua família natural, com enfoque à proteção do interesse do menor, em consonância com o texto constitucional, que em seu art. 6º fala sobre o direito social remetendo-se à infância, em defesa, prioritariamente, à total proteção ao menor.

O estatuto menorista mantém a atribuição, dada anteriormente pelo CC/1916, de competência dos juizados da infância e juventude para análise dos casos.

Para Venosa (2008, p. 270):

[...] O estatuto menorista posiciona-se em consonância com a tendência universal de proteção à criança, assim como faz a Constituição de 1988, que em seu art. 6º, ao cuidar dos direitos sociais, refere-se à maternidade e à infância. Nos arts. 227 e 229 são explicitados os princípios assegurados a criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente quanto à adoção, descreve que a criança ou adolescente tem direito fundamental de ser criado e educado no seio de uma família, natural e substituta (art. 1º).

A família substituta, que é uma alternativa às hipóteses em que não há condições de manter o infante em sua família natural, é tratada pelo ECA/1990 como uma possibilidade a ser usada em casos excepcionais, quando os direitos fundamentais do menor deixaram de ser atendidos, colocando-o em estado de abandono.

O CC/2002 teve alterados 2 artigos (1.618 e 1.619) pela Lei n. 12.010/09, e revogados todos os demais que tratavam da adoção, acabando com antigo impasse, pois agora “a adoção de crianças e adolescentes é toda regulada pelo ECA. A adoção de maiores de 18 anos deve seguir os mesmos princípios, e depende de sentença judicial” (DIAS, 2009b).

Destaca-se que a Lei n. 12.010, sancionada em 03 de agosto de 2009, objetiva assegurar o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, determinando que a adoção só será aceita quando não houver possibilidade de manutenção do menor em sua família natural, introduzindo 227 alterações no ECA/1990.

Quando a adoção for a medida a ser tomada, determina a Lei n. 12.010/09 que deverá ser feita por maiores de 18 anos, não especificando o estado civil, mas, em caso de adoção conjunta, exige que os adotantes sejam casados no civil ou mantenham união estável reconhecida judicialmente. A adoção por pessoas ou casais residentes fora do país só será admitida se não houver brasileiros habilitados no cadastro nacional de pais adotantes (FRANCO, 2009).

Observa-se que o supracitado texto legal ainda determina que a criança ou adolescente que estiver aguardando a adoção, afastado “do convívio familiar, deverá ser colocado sob a guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar” (FRANCO, 2009), iniciativa que tenta impedir a colocação do menor em abrigos e deverá ser estimulada pelo poder público. Caso haja a necessidade real de colocação em instituições de abrigo, o texto legal estabelece que o tempo de permanência deverá ser de no máximo dois anos, com análise semestral das condições de estadia do menor.

Outras alterações que merecem destaque com a vigência da Lei n. 12.010/09: a necessidade de ouvir a criança adotada após ser entregue aos cuidados de família substituta; a não-punição pela adoção informal, feita sem a intermediação das autoridades, com a regularização da situação pelo cadastramento e habilitação dos pais adotantes; a criação de um cadastro nacional e estadual de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e de pessoas habilitadas para adotar; a determinação expressa de que os irmãos deverão ficar unidos sob a responsabilidade da mesma família; e, por fim, a exigência de preparação psicossocial e jurídica aos candidatos à adoção.

Importante destacar que a lei burocratizou ainda mais o processo de adoção em diversos pontos, conforme enumera Dias (2009b): imposição de que a mãe, que deseja entregar o filho à adoção, seja encaminhada ao Juízo da Infância e da Juventude (art. 13, parágrafo único, do ECA/1990); impossibilidade de dispensa do estágio de convivência (art. 46 do ECA/1990); transformação da habilitação à adoção em processo, com necessidade de petição inicial, instruída com diversos documentos (art. 197-A do ECA/1990); imposição de que a inscrição dos candidatos seja precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica (art. 50, § 3º, do ECA/1990); e a necessidade de estágio de convivência de 30 dias, em território nacional, para as adoções internacionais.

Após estas colocações sobre o instituto da adoção, passa-se ao próximo Capítulo, em que serão analisadas as particularidades da Lei n. 12.010/09 em relação à adoção por casais homoafetivos.

## 4 A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

O objetivo deste capítulo é apresentar alguns aspectos da adoção por pares homoafetivos no Brasil, sua ocorrência e a omissão da nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09) para estes casos.

Procura-se, ainda, averiguar os prejuízos legais causados ao menor quando negado o pedido de adoção ou deferido apenas a um dos companheiros. Dessa forma, demonstra-se que a maior prejudicada é a criança quando, pelo não reconhecimento da união estável homoafetiva, o Estado deixa de atender ao princípio do melhor interesse do menor.

### 4.1 A OCORRÊNCIA NO BRASIL

A adoção por homossexual é aceita nos tribunais pátrios, em atenção ao determinado no art. 42 do ECA/1990, desde que o pedido seja feito apenas por uma pessoa, servindo também como solução para os pares que temem a negativa por parte do Poder Judiciário, frente aos empecilhos encontrados.

A questão é realmente mais complexa quando se trata de adoção por pares do mesmo sexo, pois essa ultrapassa a necessidade de aprovação apenas da opinião pública, porquanto exige um posicionamento científico sério, na medida em que se discute o destino, o futuro, o bem estar e a felicidade dos envolvidos.

Para casos de pedido de adoção conjunta por casal homoafetivo, a AMB, em sua cartilha para incentivo à adoção, após a afirmativa de que não há qualquer óbice no tocante à orientação sexual do adotante (FERREIRA, 2007, p. 11), destaca:

Apesar de alguns entendimentos favoráveis por parte de juízes, a maioria deles entende que não é possível.

A legislação brasileira não reconhece a união civil entre pessoas do mesmo sexo, embora seja inegável o crescente número de homossexuais convivendo no Brasil e no mundo. Assim, de acordo com a legislação vigente no País, apenas um deles poderá pleitear a paternidade/maternidade adotiva de uma criança/adolescente.

A orientação da AMB retrata a resistência encontrada pelos pares homoafetivos na hora em que decidem adotar, refletindo os mitos e preconceitos que pairam sobre o assunto.

Na opinião de Girardi (2005, p. 129):

[...] Acredita-se que o maior problema para a criança adotada por um homossexual, ou na hipótese de um par homossexual, venha a ser, sobretudo, as dificuldades sociais inerentes ao preconceito contra adoção e contra a homossexualidade do que dificuldades provenientes da orientação sexual do(s) pai(s) mãe(s) propriamente ditas.

Levando-se em consideração os preceitos constitucionais que garantem o direito à intimidade (art. 5º da CRFB/1988) e rechaçam qualquer tipo de preconceito (art. 3º, IV, da CRFB/1988), os pares homoafetivos têm o direito de ver reconhecida a possibilidade de adoção por ambos. Todavia, a adoção por estes casais ainda não encontra amparo legal expresso, tampouco respaldo no entendimento de alguns julgadores, representando o preconceito, encontrado também na área jurídica, à intimidade dos adotantes em detrimento de valores morais, éticos e afetivos.

Conforme o exposto no primeiro capítulo, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há motivos para o indeferimento dos pedidos de adoção feitos por esses casais, quando se utiliza como fundamento o exercício de sua sexualidade.

Nas palavras de Girardi (2005, p. 152):

O foco da problemática da adoção por homossexuais emerge da possibilidade de que a opção sexual do adotante, no caso de homossexualidade, acabar se traduzindo num malefício para a formação psíquica e moral da criança a ser adotada. Essa preocupação, quando pensada de forma mais cautelosa e profunda, acaba desnudando ainda o viés discriminatório em relação à homossexualidade, apesar de todo o esforço e avanço no campo da medicina e da psicologia que já não a consideram como doença ou como conduta comportamental desviante. Com a preocupação primeira de que a homossexualidade do adotante se traduza em algo pernicioso à formação da criança ou que, por essa única razão, poderia a criança também desenvolver sua preferência sexual pela homossexualidade, comprova-se a interferência a um padrão tido como o único correto para o ser humano exercer sua sexualidade, que seria a heterossexualidade, refletindo sobre a homossexualidade ainda uma “conduta desviante” desse padrão.

Silva Júnior (2007, p. 126) assinala que no Brasil, assim como no restante do mundo, crianças e adolescentes são criados em famílias biparentais homoafetivas, de maneira informal ou à margem da legalidade. Para o autor, essa situação ocorre porque, apesar de inexistir vedação no ordenamento jurídico pátrio, a adoção por pares do mesmo sexo esbarra no preconceito, utilizando-se para tanto a justificativa da necessidade de formulação por casais heterossexuais, o que resulta no pedido de adoção protocolado por apenas um dos companheiros homossexuais, como forma de garantir o deferimento do pedido.

Ademais, Silva Júnior (2007, p. 128-129) destaca a atuação de alguns magistrados brasileiros que, na contramão da corrente majoritária, são a favor do deferimento dos pedidos feitos por pares homoafetivos. O primeiro deles é o Desembargador Siro Darlan, que desde 1997, à frente da Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, deferiu diversos pedidos de adoção feitos por pessoas que, segundo ele, tem orientações afetivo-sexuais diversas do padrão. Outro magistrado que mereceu destaque foi o Juiz Rodrigo Lobato Junqueira Enout, o qual considera a necessidade de ampliar a visão na hora de julgar a concessão da adoção, não se deixando engessar pelos requisitos legais.

A negativa aos pedidos de adoção feitos por pares homoafetivos encontra exceção em alguns julgados, que reconhecem a possibilidade em face da afetividade das relações, em atenção ao melhor interesse do menor. Essa é a lição de Girardi (2005, p. 147):

Quando o núcleo da adoção, que é o melhor interesse da criança, o qual se traduz e irradia no respeito não só ao bem-estar físico e emocional, mas também numa boa ambiência social para a criança, encontra-se preenchido de maneira favorável pelo(s) pretendente(s) à adoção, torna-se secundário e desmerece de maiores atenções as preferências sexuais do adotante. Conclusão esta que foi possível mediante a análise de alguns julgados sobre o assunto, os quais priorizam a situação socioambiental da criança.

Nesse contexto, a decisão prolatada na AC 70013801592, pelo TJRS (Anexo A), deferiu a primeira adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo no país. O julgado utilizou-se da analogia para reconhecer que as postulantes conviviam em união estável e, após análise da situação apresentada no relatório feito sobre a convivência familiar, constatou que estavam sendo atendidos os interesses dos adotandos, entendendo que a companheira da já adotante tinha direito de configurar como adotante também. Destaca-se que, contrariando as estatísticas, o par aceitou adotar duas crianças, fato incomum e pouco aceito pela maioria dos inscritos na lista de pretendentes à adoção.

Apresenta-se a ementa do citado julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado

comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (AC 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Após este primeiro caso da cidade gaúcha de Bagé, o juiz José Antônio Daltoé Cezar concedeu a adoção de uma menina a duas mulheres da cidade de Porto Alegre, depois de cumpridos todos os estágios legais e reconhecida a conveniência da adoção para a menor (DIAS, 2009c) (Anexo B).

No Estado de São Paulo, um caso foi amplamente noticiado na imprensa nacional, quando a justiça de Catanduva/SP reconheceu o pedido formulado por Vasco Pedro da Gama e Júnior de Carvalho (Anexo C), com a possibilidade de formalizar a adoção da menor T. R. C. da G., na época com cinco anos de idade. Os pareceres psicossociais foram favoráveis ao deferimento do pleito, reconhecendo a estabilidade financeira e social do casal (ZYLBERKAN, 2006).

Esta decisão é tida como pioneira, pois foi o primeiro registro de aceitação por parte da Justiça para que os dois companheiros entrassem na fila de adoção, como casal, no ano de 2004. A vida dos requerentes foi investigada e os dois foram submetidos a questionamentos sobre a vida afetivo-familiar, da mesma forma que acontece com os casais heterossexuais, e, antes de serem apresentados à T., a menina foi oferecida a outros 45 inscritos na lista de adoção, sendo recusada por todos em razão de sua idade e cor (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 145).

No ano de 2006, a Vara da Infância, da Juventude e do Idoso do Rio de Janeiro permitiu que duas mulheres pleiteassem a adoção conjunta, Maria Letícia de Sarmiento Mariano Cordeiro e Arlécia Correa Duarte tinham interesse na adoção do menor C., então com 2 anos e 6 meses de idade (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 145), pedido este posteriormente deferido (Anexo D).

Em 2007, o casal João Amâncio e Edson Paulo Torres, de Ribeirão Preto/SP, obteve a guarda provisória de quatro irmãos (A. B., 5 anos, W., 7 anos, C., 9 anos e S., 11 anos). O pedido foi analisado pelo juiz Dr. Paulo Cesar Gentile, da Vara da Infância e da Juventude, que reconheceu a melhora na qualidade de vida das crianças (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 163), deferindo a adoção. Ao pedido foi anexada uma carta de S., que falava da vontade de ser adotada pelo casal, juntamente com seus irmãos, fator que foi decisivo para o deferimento (MEDEIROS, 2008).

Na capital de Pernambuco, Recife (Anexo E), houve a aceitação ao pedido de adoção de duas irmãs que moravam em um abrigo da região, porque preenchidos todos os requisitos da adoção e constatada a melhora na vida das crianças.

Em junho de 2009, em Goiás, um casal homossexual feminino viu seu pedido de adoção deferido (Anexo F), conforme a reportagem abaixo:

Desde abril de 2008, a funcionária pública federal E.M.S., 49, e a bibliotecária A.L.S.V., 34, tinham a guarda de uma menina de 2 anos e 10 meses. A decisão inédita foi concedida ontem à tarde pelo juiz Maurício Porfírio, do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia (JIJ). Para suprir a ausência de lei específica sobre o tema, o magistrado baseou-se em sentença semelhante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) (OLIVEIRA, 2009).

Outro caso divulgado recentemente dá conta de que em julho de 2009, na cidade de Juara, em Mato Grosso, um casal homoafetivo conseguiu, a adoção de duas crianças. A decisão, inédita nos Estados, foi proferida pelo juiz Douglas Bernardes Romão, da Vara da Infância e Juventude. A ação foi proposta pelo representante do Ministério Público (MP) da comarca de Juara, Dr. Augusto César Fuzaro, que instaurou procedimento administrativo para aferir a possibilidade fática da adoção. O casal Júlio César de Castilhos e Paulo Edson Ciliato demonstrou interesse na adoção dos menores A.F.M., 7 anos, e R.F.M., 8 anos, após visita ao abrigo Casa da Passagem, local em que viviam até então as crianças (COSTA, 2009).

No final do mesmo mês (29/07/2009), em Santa Maria/RS (Anexo G), foi deferida a adoção ao par homoafetivo que cuidava do menor desde o seu nascimento, quando acabou abandonado por sua mãe biológica.

Assim como nos casos ocorridos em Goiás e no Mato Grosso, o MP tem exarado pareceres favoráveis aos pedidos de adoção por pares homoafetivos, como o emitido por este órgão à 1ª Vara da Família e Adolescência da Comarca do Rio de Janeiro (GIRARDI, 2005, p. 147):

De análise do feito, mormente, do estudo social e psicológico, conclui-se que a adoção trará benefícios ao adotando – este que necessita de cuidados especiais, e que a família substituta dispensa ao mesmo a proteção necessária apesar de seu formato diferente do modelo tradicional. [...] O estudo psicológico ainda revela que o companheiro do adotante está bastante envolvido com a criação da criança e que os vínculos de filiação estão sendo construídos. [...] Diante do acima exposto e considerando que a adoção assegurará reais vantagens para o adotando e que foram atendidos os requisitos legais, oficia o Ministério Público pela procedência dos pedidos.

Os casos aqui expostos mostram que as adoções homoafetivas até agora deferidas destoam no padrão de interesse dos demais pretendentes à adoção, fugindo do desejo comum de adotar uma menina, recém-nascida, branca e saudável, o que pode ser entendido como o desejo verdadeiro de formar uma família.

Esses exemplos servem para comprovar que a família já não tem uma forma pré-determinada, e que há a possibilidade de ver amparados os pleitos de pares homoafetivos, porquanto o interesse de constituir uma família é igual, senão maior, que o de outros casais. Os casais homossexuais possuem, igualmente, condições de prover um lar digno, com muito amor a crianças e adolescentes que foram renegados ao destino.

#### 4.2 A OMISSÃO DA LEI N. 12010/09 PARA A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

A Lei n. 12.010/09, sancionada pelo Presidente da República em 03 de agosto de 2009, e que entrou em vigor em 02 de novembro de 2009, deixou de reconhecer a possibilidade de adoção por pares homoafetivos, uma vez que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não tem reconhecimento legal no país, devendo-se, para tanto, aguardar o reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo (RIBEIRO, 2009).

No entendimento de Duarte (2009):

Embora não exista impedimento no substitutivo para a adoção por casais homoafetivos, o legislador perde a oportunidade de legalizar este tipo de união por mero preconceito. Ao permitir a adoção conjunta por adotantes que vivam em união estável, implicitamente há permissão para a adoção por parceiros homossexuais já que proliferam decisões em quase todos os estados brasileiros reconhecendo a união estável entre esses casais, tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça decidido no sentido de atribuir direito de meação a ex-companheiro homoafetivo. O argumento de que o artigo 1.622 do Código Civil inadmite esse tipo de vínculo em nosso ordenamento é equivocado porque também se refere à adoção conjunta para os que vivem em união estável.

Essa omissão pode dificultar ainda mais os pedidos feitos por pares do mesmo sexo, pois deixam-nos à livre interpretação do julgador, e ignora a necessidade de reconhecer uma garantia em prol dos benefícios das crianças e adolescentes que esperam por um lar envolto em amor e afeto.

Entende Dias (2009b) que a Lei de Adoção apenas burocratizou e acrescentou determinações que tornam o processo ainda mais lento, notadamente no caso dos pares homoafetivos. Complementa a autora:

Falando em habilitação, perdeu o legislador uma bela chance de explicitamente admitir - como já vem fazendo a jurisprudência - a adoção homoparental. Nada, absolutamente nada, justifica a omissão. Para conceder a adoção conjunta, de modo pouco técnico, fala a lei em "casados civilmente" (ECA 42, § 2º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é! Também é confrontado o preceito constitucional ao ser exigida a comprovação documental da união estável (ECA 197-A, III). Trata-se de situação fática que se caracteriza pela convivência entre pessoas que têm o desejo de, entre si, constituir família. É o que basta. Não requer prova escrita. De qualquer modo, apesar da aparente limitação, tais dispositivos não impedem que casais homoafetivos continuem constituindo família com filhos por meio da adoção.

Maria Berenice Dias, em entrevista ao Jornal O Estado de S. Paulo, dias após a aprovação da lei, classificou a omissão como lamentável, uma vez que nega o reconhecimento há tanto tempo esperado (VIEIRA, 2009).

Para Deus (2009a):

Assim, diante da atual ausência de lei federal a regulamentar os efeitos das uniões homossexuais no Brasil, autorizados(as) estarão os(as) magistrados(as) da Infância e da Juventude a continuarem se valendo da *analogia* como instrumento de integração legislativa (arts. 5º, da LICC e 126, do CPC), o que conduz à inevitável aplicação da legislação da união estável aos pleitos de pares do mesmo sexo, atribuindo-lhes todo o plexo de direitos familiares - inclusive, para efeito de adoção em conjunto de crianças e adolescentes.

E complementa:

Caberá à sociedade recepcionar a nova Lei e, à melhor doutrina, debruçar-se sobre a mesma, sem as restrições da literalidade ou do preconceito limitante. Neste sentido, esperamos que tal diploma seja interpretado à luz da Lei Maior e dos seus princípios, de modo a atender aos superiores interesses das crianças e adolescentes excluídos e, enfim, de forma a vir ao encontro dos anseios de todos os segmentos populacionais envolvidos. Tudo dependerá de quem o decodificará e o aplicará. Eis mais um desafio posto.

Em verdade, a nova lei trouxe alterações negativas ao determinar que a adoção conjunta será deferida ao adotantes casados civilmente ou em comprovada união estável (art. 42, § 2º, do ECA). Assim sendo, a adoção em conjunto por pares homoafetivos continua dependendo, basicamente, da interpretação e do bom senso de cada julgador, aumentando os argumentos daqueles que são contrários ao seu deferimento, podendo estes se utilizar da aplicação literal do citado artigo.

### 4.3 CONSIDERAÇÕES DOS ASPECTOS LEGAIS

Pode-se dizer que a legislação brasileira é omissa, mas não há qualquer proibição legal expressa para que casais formados por pessoas do mesmo sexo possam legalizar a adoção em nome de ambos.

Em defesa da possibilidade, pode-se utilizar a interpretação teleológica das leis, como foi afirmado anteriormente, somada aos precedentes jurisprudenciais e à aplicação analógica das normas já existentes, buscando o que Silva Júnior (2007, p. 134) apresenta como realismo jurídico, que é resultado da aplicação das normas em conformidade com a realidade social, deixando de lado a interpretação rígida e formal das normas.

Ainda que se negue a adoção por pares homoafetivos, a convivência de crianças com companheiros do mesmo sexo de seus pais biológicos é fato cada vez mais comum na sociedade brasileira, e acaba resultando na situação muitas vezes refutada, a convivência com dois pais ou duas mães.

Tal hipótese pode ocorrer de diversas formas: o pai ou a mãe que, após a separação do cônjuge, assume sua orientação sexual, passando a viver com alguém do mesmo sexo, o qual participa da criação, desenvolvimento e educação da prole; o par de lésbicas que se submete à reprodução assistida, com a utilização do óvulo da companheira inserido no útero da outra; e, ainda, o par de gays que se utiliza da barriga de aluguel para concretizar o sonho da paternidade (DIAS, 2009c).

Deferir a adoção à pessoa solteira, ainda que esta viva em união homoafetiva, é fechar os olhos para uma realidade latente, negando direitos à parte mais delicada da relação, a criança ou o adolescente.

No entendimento de Guerin (2009):

Acreditar que aquilo que não se encontra legalmente regulamentado não existe é manter uma visão restrita e institucionalista. Há vários casos em que a guarda ou tutela de uma criança ou de um adolescente foram concedidas a homossexuais e notável é a presença da afetividade nessas relações de filiação.

[...]

Estudos confirmam que, sim, as crianças identificam-se com o modelo dos pais, mas com os papéis feminino e masculino que eles representam, não com a forma física desses papéis. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Não se vislumbram distúrbios, desvios de conduta ou efeitos danosos à estabilidade emocional. E nada comprova que a falta do modelo heterossexual confunde a identidade de gênero.

Dessa forma, ainda que carente de regulamentação, a presença de crianças e adolescentes convivendo em nítida relação familiar com pares homoafetivos necessita de reconhecimento, como forma de atender ao melhor interesse do menor.

A evolução da sociedade, que culminou na reconhecimento da pluralidade nas formas de família, não foi acompanhada pelas alterações legais, fazendo com que a resolução das situações envolvendo a família homoparental seja tomada de forma subjetiva pelo Poder Judiciário, sem a necessária unicidade dos julgados.

Destaca Guerin (2009):

Claro está que a aprovação de uma regulamentação da união homoafetiva e da possibilidade de adoção por parte desta é imprescindível e urgente, a fim de respeitar os princípios propagados pelo nosso ordenamento jurídico e efetivar a proteção da criança e do adolescente, legitimando juridicamente esta situação.

A falta de regulamentação legal específica e permissiva é uma negativa de direitos, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois as decisões proferidas pelo Poder Judiciário favoráveis a esta entidade familiar não são suficientes, visto que não têm caráter geral.

Afinal, o Direito deve exprimir a sociedade. E a função do legislador é proteger as minorias no tocante a qualquer aspecto que se refira ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Ante a ausência de regulamentação, o fundamento para a adoção por pares homoafetivos deve pautar-se nos princípios normativos fundamentais, sendo os principais o da igualdade e da dignidade da pessoa humana que devem servir de norteadores da atividade interpretativa jurídica (GUERIN, 2009).

No caso específico do pedido de adoção por pares homoafetivos, a omissão legal não deve servir de justificativa para sua negativa por parte do julgador, pois a aplicação dos citados princípios justifica a concessão.

O princípio da dignidade da pessoa humana, encontrado no art. 1º, III, da CRFB/1988, é o fundamento do Estado Democrático de Direito, o qual defende o indivíduo de atos degradantes e desumanos, promovendo sua participação na sociedade (GAMA, 2008, p. 69). Deve-se, assim, ser respeitada a liberdade e os direitos de cada indivíduo, sendo a família um espaço de realização de uma vida digna e em comunhão com outras pessoas (LÔBO, 2008, p. 38).

“A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade” (PEREIRA, 2006, p. 94).

Esclarece Dias (2007, p. 59): “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.

Dificultar a adoção quando estão presentes os requisitos para a concessão do instituto, impedindo a convivência familiar e o desenvolvimento de sua personalidade, fere o referido princípio.

Da mesma forma, é uma ofensa à dignidade da pessoa com orientação homoafetiva dispensar-lhe tratamento discriminatório e negar-lhe o direito de formar uma família simplesmente por sua orientação sexual. Isso interfere em uma escolha pessoal, quando presente a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, características da relação familiar e de uma organização afetiva (GIRARDI, 2005, p. 138). Sendo assim, ao constatar a existência de ambiente compatível com o desenvolvimento saudável do adotante (ou “da criança”), a concessão da adoção é medida que se impõe.

Nas palavras de Pereira (2006, p. 146), o princípio da igualdade, disposto no *caput* do art. 5º da CRFB/1988, “pressupõe a igualdade formal, isto é, perante a lei e a igualdade material é que é o direito à equiparação mediante a redução das desigualdades”. Sendo assim, não são permitidos tratamentos discriminatórios.

Sempre atual, Ruy Barbosa (apud Dias, 2007, p. 62) destacava: “tratar os iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”.

Pelo princípio constitucional da igualdade, ficam vedadas práticas que acentuem as desigualdades, pois o objetivo do princípio é tratar as desigualdades para equilíbrio das relações, concedendo a cada indivíduo a justiça na medida de suas necessidades.

Por este fundamento, discriminar uma pessoa por sua orientação sexual, atribuindo-lhe, por isso, menor capacidade para atuar como pai, é uma afronta direta ao ordenamento constitucional.

Leciona Dias (2009c) que, apesar de ser assegurado o tratamento igualitário a todos pela Lei Maior, a evolução da sociedade não alcança a igualdade real de tratamento aos pares homoafetivos, em desrespeito ao princípio fundamental. Quando há negativa ao pedido de adoção formulado por par homoafetivo, sob a simples justificativa de impossibilidade jurídica do pedido, sem estudar as causas e os efeitos, estar-se-á promovendo a desigualdade.

Outra solução utilizada pelos que negam a adoção é a da impossibilidade de registro por duas pessoas do mesmo sexo. Entretanto a Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) não apresenta qualquer objeção quanto ao registro de uma pessoa com dois pais ou

duas mães (MATIAS DINIZ, 2008), assim como não há proibição no ECA/1990, que menciona apenas a necessidade de constar o nome dos adotantes no registro civil do adotado.

Dessa forma, não há como indeferir os pedidos de adoção formulados por par homoafetivo masculino ou feminino, sob a alegação de que não poderá haver no registro da criança ou do adolescente o nome de dois pais ou duas mães. O registro civil será “elaborado de acordo com os requisitos habituais, já que não há qualquer vedação na legislação que impeça de constarem como pais ou mães duas pessoas do mesmo sexo” (MATIAS DINIZ, 2008).

No entendimento de Silva Júnior (2007, p. 142), a avaliação que será feita pelo julgador independe da orientação sexual, e deve seguir os mesmos parâmetros utilizados quando os pretendentes são heterossexuais, pois imprescindíveis são as condições que serão oferecidas ao melhor desenvolvimento do menor, e estas sim devem ser consideradas na decisão do Poder Judiciário.

Tal entendimento pode ser constatado na AC 70013801592 do TJRS, em que consta no registro civil o nome dos adotantes sem detalhar a condição de pai ou de mãe. O mesmo aconteceu no caso da adoção da menor T. (ZYLBERKAN, 2006), que tem em sua certidão de nascimento o nome dos dois homens que a adotaram, sem especificar a palavra “pai” e a condição de "avós paternos" ou de "avós maternos" (Anexo H).

#### 4.4 OS DIREITOS DO MENOR ADOTADO A SEREM RESGUARDADOS

Os direitos que devem ser resguardados em atenção à proteção do adotado podem ser divididos naqueles de ordem pessoal e os de ordem patrimonial, como disposto a seguir.

Frente aos argumentos dos que são contrários à adoção por pares homoafetivos, três situações emergem: o indeferimento do pedido (medida que exclui a possibilidade de adoção e mantém a criança ou adolescente no ambiente despersonalizado do abrigo), o deferimento a apenas um dos companheiros ou, ainda, a adoção informal da criança ou adolescente.

As justificativas para o indeferimento do pedido feito por duas pessoas do mesmo sexo são inúmeras: problemas da criança ou adolescente no ambiente escolar; ausência de

referencial de ambos os sexos, materno e paterno, necessário ao seu desenvolvimento; e, ainda, influência direta na orientação sexual do adotado (DIAS, 2007, p. 439).

O deferimento parcial a apenas um dos companheiros, ou a adoção informal, ocasionará um problema ao adotado, pois surge a seguinte situação, extraída da lição de Guerin (2009):

A inexistência do registro deixa o filho desprotegido diante da ausência de vínculo jurídico, que não permite a imposição do dever de prestar alimentos, não garante direitos sucessórios nem assegura o direito de visitas. Esta atitude acaba por impedir o exercício de direitos que a criança, de fato, possui.

Alguns afirmam que a doação ou o testamento resolveriam esta situação, contudo, o prejuízo, nestes casos, não é só o econômico. As situações familiares não podem e nem devem ser resolvidas como se fossem meros problemas financeiros.

A criança que convive com um casal homossexual, quando se vê sem um deles, em razão de separação ou morte, e não possui vínculo jurídico em relação ao outro, passa por um período de instabilidade, visto que sua tutela ou guarda pode ser deferida a terceira pessoa que nada tinha a ver com o núcleo familiar a que ela estava acostumada, além de não poder exigir o cumprimento de certos direitos, como o de visitas. A ausência de vínculo jurídico pode prejudicar a continuidade de uma relação de afeto já existente, fato que não traz benefícios para nenhuma das partes.

Tal argumentação nem seria necessária, pois qualquer fato social que não seja abarcado pelo sistema jurídico produz conseqüências e se traduz em restrição de direitos, já que a resolução de um conflito de interesses eventualmente surgido fica dificultada.

A realidade é que nesses casos a criança ou adolescente ficarão sem a necessária proteção jurídica, e os pais ou mães, de alguma forma, estarão livres da responsabilidade advinda da paternidade (DIAS, 2009c).

Entende Silva Júnior (2007, p. 126) que:

É o modo de conseguir o benefício, na aparente legalidade, de vez que, se opor um lado, os dois conviventes serão, de fato, pais socioafetivos do menor, por outro, somente com um deles será constituído o vínculo jurídico de filiação, o que vem em prejuízo do adotando - pois, mesmo criado no *locus* familiar dos dois pais ou de duas mães, deixará de auferir os benefícios de uma paternidade mais plena e legalmente constituída, quando, por exemplo, da morte de um dos companheiros ou de possível separação (exatamente como ocorre com as famílias biparentais heterossexuais). Frente a tal circunstância, o adotado, 'por um só dos parceiros, só poderá buscar eventuais direitos, alimentos, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, com relação ao adotante' (DIAS, 2001, p. 113). Nesse particular, a hipocrisia ou incoerência maior reside em que, sendo educado amorosamente pelos parceiros(as) socioafetivos(as), o menor considerará ambos como seus pais/mães, sendo um só desses o(a) juridicamente considerado(a) como tal. Destarte, além de serem preconceituosos e inúteis os argumentos de que a adoção pelo casal homossexual é prejudicial ao menor - em respectivo, por não se sustentarem cientificamente, nem impedirem que o par eduque socialmente e em conjunto -, tais discursos subtraem da criança ou do adolescente adotado 'a possibilidade de usufruir de direitos que, de fato, possui - limitação que afronta a própria finalidade protetiva (...) decantada na Carta Constitucional e perseguida pela lei especial'.

Nos casos acima colocados, a situação além de complexa é preocupante, pois o adotado não tem seus direitos assegurados e fica à mercê da sorte. Ainda que a tutela jurídica não seja exercida por ambos os parceiros, não há como ignorar que, de qualquer maneira, a criança ou o adolescente terão dois pais ou duas mães, sem o respaldo jurídico, pois não reconhecida a dupla paternidade e, conseqüentemente, o exercício do poder familiar a ambos.

Quando apenas um dos companheiros formaliza a adoção, e posteriormente vem a falecer ou, ainda, fica permanentemente incapacitado, resta ao outro companheiro pleitear a guarda ou tutela do adotado, institutos temporários, como visto anteriormente, e que não geram os mesmos vínculos jurídicos de filiação advindos da adoção, situação que ocorre ante a impossibilidade de uma mesma pessoa ser adotada mais de uma vez.

Afirma Girardi (2005, p. 150):

Essas conseqüências, oriundas dos vínculos afetivos existentes entre os componentes de uma família formada por pessoas e pares homossexuais e suas crianças, se traduzem numa problemática verificada no plano social e que o sistema legal não pode mais ignorar, sob pena de o direito perder sua eficácia como ciência que visa regular a vida em sociedade.

Para Dias (2007, p. 439), o que é tido como forma de proteção representa na verdade um prejuízo, pois estará o adotado desamparado em relação ao companheiro que não adotou e que por isso não possui deveres advindos da relação familiar.

Dias (2001, p. 109) defende que não há incompatibilidade entre o relacionamento homoafetivo e o instituto da adoção, pois para a formalização desta basta que exista “um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida e interesses”. Aponta ainda, a impossibilidade de exclusão de um direito individual, utilizando-se como critério a orientação sexual do indivíduo, pois tal restrição pode resultar em uma situação que se afasta da realidade.

Salienta-se, assim, o enorme prejuízo que poderá ser causado ao menor caso a adoção seja feita por um só dos parceiros, visto que eventual direito do adotado, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial, só poderá ser buscado com relação ao adotante, deixando de gerar direitos em relação àquele que também atua como verdadeiro pai ou mãe.

#### 4.4.1 Direitos de ordem pessoal

Por direitos de ordem pessoal têm-se: a determinação da relação de parentesco, sendo o adotado recebido como se filho biológico fosse, com sua integração completa à família; e o poder familiar, que determina que o adotado passa a ficar sob os cuidados dos novos pais.

##### 4.4.1.1 Parentesco

O parentesco gerado pela adoção é chamado de civil. Este é equiparado ao parentesco consanguíneo e mantém o impedimento de casamento com a família biológica, como forma de impedir o incesto. Este impedimento é processado em segredo de justiça (GONÇALVES, 2008, p. 358).

A partir da relação de parentesco é que se estabelecem os direitos e deveres recíprocos entre o filho e seus pais, o que gera diversos efeitos, entre eles: patrimoniais, processuais e eleitoral. Dessa forma, o parentesco civil gera um vínculo jurídico, o qual assegura direitos e cria deveres, independente da vontade das partes envolvidas para gerar seus efeitos (DIAS, 2007, p. 309).

Lôbo (2008, p. 181) define o parentesco como sendo:

[...] a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei. A relação de parentesco identifica as pessoas como pertencentes a um grupo social que as enlaça em um conjunto de direitos e deveres. É, em suma, qualidade ou característica de parente. Para além do direito, o parentesco funda-se em sentimentos de pertencimento a determinado grupo familiar, em valores e costumes cultuados pela sociedade, independentemente do que se considere tal. Para o direito, o parentesco não se confunde com família, ainda que seja nela que radique suas principais interferências, pois delimita a aquisição, o exercício e o impedimento de direitos variados, inclusive no campo do direito público. Por outro lado, a família, para diversas finalidades legais, pode estar contida na relação entre pais e filhos, constitutiva do mais importante parentesco, a filiação.

Conforme o exposto, a relação de parentesco civil é estabelecida pela decisão transitada em julgado que concede a adoção. Sendo assim, a adoção de uma pessoa por outra constrói este laço, ligando definitivamente pai e filho.

#### 4.4.1.2 Poder familiar

Entende-se por poder familiar, o exercício de autoridade que realizam os pais sobre os seus filhos, até que alcancem a maioridade ou se emancipem (LÔBO, 2008, p. 268).

Para Gonçalves (2008, p. 359): “com a adoção, o filho adotivo é equiparado ao consanguíneo sob todos os aspectos, ficando sujeito ao poder familiar, transferido do pai natural para o adotante com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes”.

O autor defende ainda que o poder familiar é necessidade natural, pois “constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza [...]. Há que educá-los e dirigi-los.” (GONÇALVES, 2008, p. 367). E complementa:

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um ‘munus’ público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, §7º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2008, p. 368).

Em situações em que a relação entre pai e filho transcorre na normalidade, o poder familiar é irrenunciável, indelegável e imprescritível (somente se perde nas formas e casos expressos em lei).

#### 4.4.2 Direitos de ordem patrimonial

Os direitos de ordem patrimonial têm relação direta com o patrimônio das partes envolvidas, e podem ser divididos em: prestação de alimentos e direitos sucessórios.

##### 4.4.2.1 Alimentos

Para Dias (2007, p. 450), o “primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver”, e assim sendo, a prestação de alimentos serve para a satisfação das necessidades básicas daqueles que, por algum motivo, não podem provê-las por si.

A prestação de alimentos, no caso das relações entre pais e filhos, tem o objetivo de suprir as necessidades do filho quando este não possuir condições de se manter, em atenção ao princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/1988).

Salienta Gonçalves (2008, p. 360) que os alimentos são devidos reciprocamente entre adotante e adotado, em virtude da relação de parentesco estabelecida. Assim, não só o adotado tem o direito de receber a prestação alimentícia, como também deve prestar a assistência quando forem economicamente capaz e seus pais necessitarem.

Esse autor preleciona que:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre membros da família ou os parentes. Há ‘um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico’. Originalmente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officio pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento (GONÇALVES, 2008, p. 450).

#### 4.4.2.2 Direitos sucessórios

O direito sucessório hereditário é entendido como o direito que surge pela morte de uma pessoa e pelo qual “uma pessoa toma o lugar de outra e assume os direitos que a esta tocavam” (RIZZARDO, 2008, p. 1).

O filho tido por adoção concorre em igualdade com os filhos biológicos nos direitos hereditários:

[...] os direitos hereditários envolvem também a sucessão dos avós e dos colaterais, tudo identicamente como acontece na filiação biológica. Na linha colateral, na falta de parentes mais próximos, o adotivo, como acontece com o filho biológico, sucede até o quarto grau, isto é, pode ser contemplado no inventário por morte dos tios (GONÇALVES, 2008, p. 361).

Com a adoção, o adotante passa a ter todos os deveres, e o adotado todos os direitos decorrentes da relação paterno-filial, inclusive os sucessórios, estendendo estes direitos a todos os parentes sucessíveis (DIAS, 2007, p. 442).

#### 4.5 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O Princípio do Melhor Interesse do Menor, extraído do direito anglo-saxão, “*the best interest of child*” (GIRARDI, 2005, p. 123), foi confirmado como conceito qualitativo na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC) e tem como objetivo resguardar os interesses da criança e do adolescente, determinando que sejam priorizados pelo Estado, pela sociedade e pela família (LÔBO, 2008, p. 53). É o princípio basilar da adoção e deve servir de orientação à legislação constitucional e infraconstitucional.

Diante de todas as mudanças ocorridas na estrutura familiar, coube ao texto constitucional primar pela dignidade humana e, em consequência, defender os indivíduos que de alguma forma encontram-se em desvantagem. Esse é o caso das crianças e dos adolescentes, que precisam de um ambiente familiar equilibrado para seu amadurecimento e formação de sua personalidade. A proteção especial dirigida aos menores visa alcançar seu melhor interesse a qualquer custo.

A proteção necessária à criança e ao adolescente foi expressa por meio do princípio do melhor interesse do menor, baseado na descrição do art. 227 da CRFB/1988, que prioriza os direitos do menor, e dos arts. 3º e 4º, ambos do ECA/1990, os quais determinam a proteção integral à criança e adolescente. Assim sendo, toda decisão judicial, em que estiverem envolvidos menores, deverá levar em conta esta orientação (PEREIRA, 2006, p. 131).

A justificativa para tal proteção dá-se pela “condição de pessoa humana em desenvolvimento” (PEREIRA, 2006, p. 132) e, por isso, o melhor interesse do menor deve ser preconizado pelos pais e, em situações específicas, passa para a mão do Estado, que o defende como um dever social.

As necessidades do menor devem ser preenchidas e colocadas em primeiro plano nos casos de adoção. Para isso, deve o julgador analisar o efetivo benefício que a adoção possa trazer (LÔBO, 2008, p. 261), considerando as particularidade de cada caso, que devem “conduzir o menor ao alcance da maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena de seus direitos fundamentais” (TEIXEIRA, 2007, p. 26).

Colhe-se importante observação da obra de Pereira (2006, p. 135), aplicada diretamente aos casos de adoção por pares homoafetivos, em que todas as condições para concessão do instituto estão presentes: “garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor”.

Na seqüência o autor foi preciso em sua anotação (PEREIRA, 2006, p. 139):

Para se atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, devemos abandonar o preconceito e livrarmos de concepções morais e estigmatizantes. A comparação do lúcido desembargador foi bastante salutar: será preferível que a criança fique em abrigos do que deixá-la sob os cuidados de alguém que, embora revele aptidão para dela cuidar, tem uma opção sexual diferente do que é convencionado como “normal”? Qual a garantia de que, se ele for adotado por uma pessoa de preferência heterossexual, terá suas necessidades biopsíquicas atendidas? Na verdade, não há garantias, mas apenas tendências. A possibilidade de adaptação de uma criança – que se encontra abandonada ou que está institucionalizada - em um núcleo familiar é enorme. E se ali não existe violência nem abusos, se as pessoas que o compõem desejam cuidar daquele menor, se têm uma conduta ética, certamente o seu melhor interesse estará sendo atendido.

O que se deve priorizar é o atendimento ao art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina o deferimento da adoção quando esta apresentar reais vantagens para o adotando, além de fundar-se em motivos legítimos. *A priori*, identifica-se ambos os pressupostos no julgado acima citado, pois a única condição que pode ser obstativa à adoção seria a condição sexual do adotante. Portanto, o caso foi decidido por um imperativo ético, e não por um padrão moral que destituísse a dignidade da pessoal do adotante.

Ausente previsão legal que confirme a possibilidade de adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo, não há dúvida que se deve privilegiar o melhor interesse do menor, com fundamento nos estudos psicossociais.

Para Gobbo (2002) o ECA/1990 previu a adoção, juntamente com os institutos da guarda e tutela, como forma de colocação da criança em família substituta, ou seja, que não a sua biológica, determinação que tem por objetivo a incorporação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, oriundo da CIDC, às decisões das cortes brasileiras.

Entende este autor que, assim, o estatuto menorista procurou garantir a efetividade deste princípio por meio de algumas regras, como, por exemplo, a oitiva da criança ou adolescente sempre que possível, devendo sua opinião ser considerada nos casos de adoção.

Se atendida a expectativa de melhora nas condições de vida da criança ou adolescente, com perspectiva de um melhor desenvolvimento sócio-afetivo, deve ser assegurado o direito do menor de conviver em família, livre de preconceitos que não atentem à real necessidade de cada caso.

Silva Júnior (2007, p. 129) afirma que “o peso dos reais benefícios ao adotando não se encontra na sexualidade dos conviventes candidatos, mas no desejo verdadeiro de se dedicarem, com amor, à maternidade/paternidade”. Assim, devem os julgadores analisar os casos com maturidade e desprovidos de idéias preconceituosas e inconvenientes. E complementa na defesa de que um lar material e afetivamente bem estruturado é muito melhor do que a manutenção em uma instituição de abrigo, ainda mais se for considerada a realidade excludente do país.

No tocante à adoção de crianças e adolescentes, Deus (2009b) complementa que o importante é estar a medida fundada em motivos legítimos e que apresente reais vantagens ao adotando. Em torno desta afirmação, fundamenta que “a suposta heterossexualidade de requerentes não é garantia de absolutamente nada”, fato que pode ser confirmado pelos profissionais que trabalham nas Varas da Infância e da Juventude, pois “a orientação de desejos de uma pessoa” não a desqualifica para o exercício da maternidade/paternidade responsáveis.

A maioria dos magistrados, conforme Deus (2009b), reconhece a possibilidade de caracterização de família, baseando suas decisões no Estatuto da Criança e do Adolescente (famílias natural e substituta), no Código Civil e na Constituição Federal, uma vez que nenhum destes textos legais faz referência à orientação afetivo-sexual das pessoas.

O embasamento encontrado na CRFB/1988 pode ser vislumbrado no art. 226, que não dá espaço à restrição de direitos no tocante à caracterização de entidade familiar. Assim, a tentativa de vedação da adoção por homossexuais (solteiros ou em convivências afetivo-familiares estáveis) representa uma inconstitucionalidade, pois obsta o exercício de um direito, qual seja: a formação de uma família por laços afetivos.

Nesse sentido, o real benefício do menor é a convivência saudável no seio de uma família, independente da orientação afetiva dos pais. Essa é a opinião de Ultramari (2008, p. 126), que, ao apresentar o entendimento doutrinário, elucida que a união entre pares homoafetivos, os quais cumprem com os deveres de lealdade, fidelidade, assistência recíproca, respeito mútuo, compondo um lar respeitável, deve ser considerada compatível com a adoção, pois, ao atenderem aos citados deveres, podem ser considerados aptos a oferecer um ambiente familiar equilibrado.

A avaliação feita em cada caso deve considerar as particularidades, auferindo uma avaliação imparcial e objetiva, que servirá para fundamentar a decisão, com embasamento nas particularidades do caso concreto, sobre a concessão ou não da adoção a um casal homoafetivo. Sendo assim, estarão os julgadores privilegiando o interesse da criança envolvida, ignorando estereótipos.

É dessa forma que deve ser aplicado o Princípio do Melhor Interesse do Menor, ao buscar que cada criança ou adolescente tenha o direito de viver no seio de uma família equilibrada, apta a fornecer-lhe um ambiente sadio e propício ao seu desenvolvimento. Para tanto, deve-se considerar o contexto social em que vive o menor e a perspectiva de melhora do seu contexto de vida, ignorando preconceitos. Não há espaço, nesses casos, para idéias preconcebidas e predeterminadas, pois é necessário que se faça justiça, na acepção ampla da palavra, o que gera o exercício dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente destinados ao menor.

Toda criança merece ser criada em um núcleo familiar adequado. Isso independe da orientação sexual dos pais. Depende sim de fatores subjetivos como o amor, o carinho, a segurança psicológica e a estabilidade. Os preconceitos não podem impedir que uma criança ou um adolescente cresça com educação e acesso a toda assistência material, intelectual e emocional que adultos equilibrados podem propiciar.

## 5 CONCLUSÃO

As transformações ocorridas no modelo de família resultaram na possibilidade do reconhecimento de múltiplas formas de núcleo familiar, surgidas a partir do afeto e legitimadas no texto constitucional.

Negar o reconhecimento e a proteção jurídica aos novos arranjos familiares vai contra os princípios defendidos na CRFB/1988: da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e da não discriminação. Assim sendo, não há como negar o reconhecimento das famílias formadas por pares homoafetivos, unidas pelo amor e com as mesmas características da união estável, devendo ser resguardados todos os direitos inerentes ao núcleo familiar, utilizando-se para tanto da analogia.

Em se tratando dos direitos inerentes à família, há a adoção, instituto em que o principal requisito é o benefício ao adotado, em respeito ao melhor interesse do menor. Em análise à legislação aplicável, ainda que não haja a previsão legal, com os presentes requisitos e comprovada a possível melhora na vida do adotado, não deve ser negado o direito à adoção com base na orientação sexual do indivíduo.

Justificativa nenhuma é forte suficiente para embasar a escolha de manter um menor em uma instituição de abrigo, quando existe uma família pronta para lhe acolher como se filho fosse, ainda que esta família fuja do padrão reconhecido pela sociedade.

O silêncio do legislador fere o direito que tem o menor de ser criado em um lar envolto em carinho e amor e, concomitantemente, o indivíduo de formar uma família, cercada de respeito e responsabilidade.

Esse direito começa aos poucos a ser reconhecido em alguns tribunais pátrios, sob o entendimento de que a transformação nas vidas dos adotados é muito mais importante e desejada do que a atenção aos preconceitos e estigmas.

Não há como defender que a manutenção de um menor em uma instituição de abrigo é mais salutar do que a decisão de deixá-lo aos cuidados daquele que se dispõe a exercer a maternidade/paternidade, ainda que esta pessoa tenha uma opção sexual que não é compreendida por algumas pessoas, pois deve ser considerado se o melhor interesse está sendo atendido.

Cumprido destacar que não se defende que a adoção seja deferida em qualquer circunstância, mas sim naquelas em que, depois de realizados os estudos psicossociais, os

adotantes revelem ter todas as condições para exercer a paternidade/maternidade socioafetiva, o que segue o mesmo procedimento utilizado com todos os candidatos que se dispõem a dar uma nova família à criança e ao adolescente em situação de abandono.

Procedendo de forma responsável e respeitosa, garante-se a efetiva aplicação dos princípios constitucionais já citados, com maior destaque para o princípio do melhor interesse do menor.

Defende-se, para tanto, a utilização da interpretação hermenêutica das normas, o estudo dos casos apresentados na sociedade brasileira e, acima de tudo, a atenção ao caso concreto que deve ser levado em consideração sempre que se propõe a defesa dos direitos e deveres do cidadão.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 30, p. 99-123, jun. 2005.

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. 60 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Instituto Nacional do seguro Social. **Instrução Normativa n. 25**, de 7 de junho de 2000. In: SISLEX: Sistema de Legislação, Jurisprudência e Pareceres da Previdência e Assistência Social. DATAPREV. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em: 08 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 395.904 - 2005 - RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Requeridos: Vitor Hugo Nalério Dulor e Ministério Público Federal. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. DJ de 06.02.2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=395904](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=395904)>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 238.715 – 2006a - RS**. Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF. Requerido: R. P. C. e outro. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. DJ de 02.10.2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=238715](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=238715)>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3300 – 2006b - DF. Decisão Monocrática**. Requerente: Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 03.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **REspe 24.564 – 2004 – Visau/PA**. Recorrentes: Procuradoria Regional Eleitoral do Pará, Dr. Izaias José Silva Oliveira Neto, Dilermando Júnior Fernandes Lhamas, Luiz Alfredo Amin Fernandes. Recorrida: Maria Eulina Rabelo de Souza Fernandes. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 01.08.2004. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT27147269&sectionServer=TSE>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

BRAUMER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 255-278.

COSTA, Antonielle. **Casal gay de Juara ganha direito de adotar crianças**. 22/07/2009. Disponível em: <<http://www.midianews.com.br/?pg=noticias&cat=3&idnot=4560>>. Acesso em: 30 set. 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. Disponível em: <<http://ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

COUTO, Sérgio. **Nova realidade do direito de família: doutrina, jurisprudência. visão interdisciplinar e noticiário**. Rio de Janeiro: COAD, 1998.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto A.; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

DEUS, Enézio de. **Nova Lei da Adoção e Homoafetividade**. 12/08/2009. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=533>>. Acesso em: 15 ago.2009a.

\_\_\_\_\_. **Adoção homoafetiva e inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=491>>. Acesso em: 30 mar. 2009b.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e a justiça**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont\\_id=1236&isPopUp=true](http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1236&isPopUp=true)>. Acesso em: 11 maio 2009a.

\_\_\_\_\_. **O lar que não chegou**. 22/07/2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=527>>. Acesso em: 15 ago 2009b.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade: o que diz a Justiça!**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **A família homoafetiva**. 01/05/2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6107](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6107)>. Acesso em: 15 ago 2009c.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **União homossexual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Marcos. **Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça**. 21/07/2009. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=526>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Família da Pós-Modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, n. 2, p. 101-114, set-out. 2004.

FERNANDES, Edvaldo. **Adoção: Deputados apontam necessidade de mudança cultural**. Agência Câmara, 26 maio 2008. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 01 set. 2009.

FERREIRA, Márcia Regina Porto, GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura (coords.). **Cartilha passo a passo: adoção de crianças e adolescentes no Brasil**. [s.l.]: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2008.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o novo direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FRANCO, Simone. **Presidente Lula sanciona nova Lei Nacional de Adoção**. Agência Senado, 03 agosto 2009. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=93676&codAplicativo=2&parametros=ado%c3%a7%c3%a3o>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

GENOÍNO, José. **PL 4.914/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/641237.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GLANZ, Semy. **A família mutante**: sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOBBO, Edenilza. Adoção e o melhor interesse do menor. **Espaço Jurídico/R. do Curso de Direito**. São Miguel do Oeste, UNOESC, v. 6, p. 127-129, jul. 2002.

GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Jurua, 2003.

GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva**. 08/07/2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=524>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela e Guarda**: conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

IMHOF, Cristiano. **STF. MPF opina pela equiparação da união homossexual à união estável**. Disponível em: <<http://www.cc2002.com.br/destaque.php?id=353>>. Acesso em: 8 jul. 2009.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATIAS DINIZ, Maria Aparecida Silva. **Adoção por pares homoafetivos**: uma tendência da nova família brasileira. 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=472>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre Pessoas do Mesmo Sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Renata. **Casais gays mais perto do sonho de adotar um filho**. 12/07/2008. Disponível em: <[www.otempo.com.br/otempo/noticias/?IdNoticia=84897](http://www.otempo.com.br/otempo/noticias/?IdNoticia=84897)>. Acesso em: 11 out. 2009.

MELO, Nehemias Domingos de. União Estável: conceito, alimentos e dissolução. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, ano IX, n. 51, p. 85-94, dez-jan. 2009.

MELLO, Kátia; YONAHA, Liuca. **O lado B da adoção**. 20/07/2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI83075-15228-4,00-O+LADO+B+DA+ADOCADO.html>>. Acesso em: 29 set. 2009.

OLIVEIRA, Wanda. **Juiz autoriza 1ª adoção gay em Goiás**. 10/06/2009. Disponível em: <[http://www.dm.com.br/materias/show/t/juiz\\_autoriza\\_1\\_adoo\\_gay\\_em\\_gois](http://www.dm.com.br/materias/show/t/juiz_autoriza_1_adoo_gay_em_gois)>. Acesso em: 30 set. 2009.

OLTRAMARI, Fernanda. Adoção por homossexuais: possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v.9, n.49, p. 121-137, ago./set.2008.

PACHÁ, Andréa; OLIVEIRA NETO, Francisco de. **O cadastro nacional de adoção: Primeiros Resultados**. 21/12/2008. Disponível em: <[http://monoceros.cnj.gov.br/portalcnj/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5807:o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados&catid=74:artigos&Itemid=129](http://monoceros.cnj.gov.br/portalcnj/index.php?option=com_content&view=article&id=5807:o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados&catid=74:artigos&Itemid=129)>. Acesso em: 29 set. 2009.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIBEIRO, Jeferson. **Lula sanciona nova lei de adoção**. 03/08/2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MRP1252744-5601,00.html>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC n. 2000.71000093470 - 2005 - Porto Alegre**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelados: Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual - Nuances e Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Julgado em 27.07.2005. DJU de 10.08.2005. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso: em 03 ago. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: volume 6 - direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese v.26, out. 2004, p. 18-34.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene Cássia Policarpo. Adoção de Crianças e Adolescentes no Brasil: as inovações do novo Código Civil. In: **Adoção**: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 201-222.

VERONESE, Josiane Rose Petry; PETRY, João Felipe Correa. **Adoção internacional e MERCOSUL**: aspectos jurídicos e sociais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VIEIRA, Cristiana. Adoção legal. **O Estado de S. Paulo**. 15 agosto 2009. Caderno Feminino.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil**: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2005.

ZYLBERKAN, Mariana. **Justiça reconhece paternidade de casal homossexual masculino**. 22/11/2006. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/22/286750479.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2009.

**ANEXOS**

**ANEXO A – Apelação Cível 70013801592 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul****APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.**

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

**NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.**

Apelação Cível Nº 70013801592  
Sétima Câmara Cível  
Comarca de Bagé  
APELANTE: M.P.  
APELADO: L.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **negar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**

Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

**DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,**

**Relator.**

## RELATÓRIO

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, irresignado com sentença que deferiu a adoção dos menores P.H. R.M. (3 anos e 6 meses) e J.V.R.M. (2 anos e 3 meses) a LI. M. B.G., companheira da mãe adotiva dos menores L. R.M.

Sustenta que: (1) há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo. Pede provimento.

Houve resposta.

Nesta instância o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

## VOTOS

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (RELATOR) -

A requerente LI.M.B.G., fisioterapeuta e professora universitária, postula a adoção dos menores P.H.R.M., nascido em 07.09.2002, e J.V.R.M., nascido em 26.12.2003. Relata que ambos são filhos adotivos de L.R.M., com quem a ora requerente mantém um relacionamento aos moldes de entidade familiar há oito anos.

Em anexo estão os processos em que foi deferida a adoção de ambos os menores, que são irmãos biológicos, a L.R.M.. Sinale-se que as crianças são cuidadas por L. desde o nascimento.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pleito. O recurso é do Ministério Público e se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (art. 1.622 do Código Civil), o que não se

configura no caso, diante do fato de que a pretendente da adoção e a mãe já adotiva das crianças são pessoas do mesmo sexo. O parecer ministerial nesta instância é no sentido do provimento (ressalvado o erro material evidente na conclusão, ao dizer que opina pelo “improvemento”).

Com efeito, o art. 1.622 do Código Civil dispõe:

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável.

No caso destes autos, L. (que já é mãe adotiva dos meninos) e LI. (ora pretendente à adoção) são mulheres, o que, em princípio, por força do art. 226, § 3º, da CF e art. 1.723 do Código Civil, obstaría reconhecer que o relacionamento entre elas entretido possa ser juridicamente definido como união estável, e, portanto, afastaria a possibilidade de adoção conjunta.

No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis. Dentre inúmeros outros julgados, vale colacionar, a título meramente exemplificativo, o seguinte:

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.**

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

**AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.**

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.<sup>1</sup>

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito

---

<sup>1</sup> AC 70009550070, J.EM 17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias.

francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo vantajosamente a tal argumento, colaciono aqui preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>2</sup>, onde aquela em. jurista assim se manifesta :

---

<sup>2</sup> A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *In* RTDC. v. 1.p. 89/112.

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que ‘qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei’.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos<sup>3</sup>. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica<sup>4</sup>. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a *contrario sensu*, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a *simili* ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’<sup>5</sup>. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação’<sup>6</sup>.

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma

<sup>3</sup> E.Zietelman, Lüken im Recht, (1903) e D. Donati. Il problema delle ordinamento giuridico (1910) apud N. Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico, (1950), Brasília-São Paulo: Ed. UNB-Polis, 1989, p. 132 e ss.

<sup>4</sup> N. Bobbio. Teoria do Ordenamento. Op. cit. p.135.

<sup>5</sup> E. Alonso Garcia. La Interpretacion de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 16.

<sup>6</sup> J.C. Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p. 120.

constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional ‘entidade familiar’.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, ‘impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família’<sup>7</sup>. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, ‘deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes’<sup>8</sup>. É o fenômeno da ‘funcionalização’ das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem<sup>9</sup>.

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à ‘forma’ familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao ‘conteúdo’ ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades ‘familiares’ torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente comprometido com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada ‘união estável’ o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está

---

<sup>7</sup> G.Tepedino. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.350.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> P. Perlingieri. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Camerino-Napoli. ESI, 1984. p. 558.

definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social. É Villela<sup>10</sup> que assinala:

se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Na mesma senda, leciona Héritier<sup>11</sup> :

Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação.

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo, é Nadaud que nos reporta:

Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n'est qu'exceptionnellement, au regard de l'étendue des sociétés humaines, superposable à l'engendrement biologique ou à la procréation: il existe em effet

<sup>10</sup> VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. ano 27, n. 21, 1979.

<sup>11</sup> Héritier, Françoise. A Coxa de Júpiter – reflexões sobre os novos modos de procriação. In: **Estudos Feministas**. ano 8, 1º sem 2000. p. 98.

une”“dissociation entre la ‘verité biologique de l’engendrement’ et la filiation”. Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l’engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d’un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation.<sup>12</sup>

Melhor esclarecendo essa perspectiva, é novamente Hérítier<sup>13</sup> quem nos traz da antropologia um exemplo que evidencia que em organizações sociais tidas por primitivas o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino:

Num caso particularmente interessante encontrado entre os Nuer, é uma mulher, considerada como homem, que enquanto pai, se vê atribuir uma descendência. Nesta sociedade, com efeito, as mulheres que provam, depois de terem sido casadas por tempo suficientemente longo, sua esterilidade definitiva, retornam a sua linhagem de origem, onde são consideradas totalmente como homens. Este é apenas um dos exemplos em que a mulher estéril, longe de ser desacreditada por não poder cumprir seu destino feminino, é creditada com essência masculina. A ‘bréhaigne’, como mostra a etiologia proposta por Littré, é uma mulher-homem (de ‘barus’ = ‘vir’ em baixo latim), mas, pode-se, segundo a cultura, tirar dessa assimilação conclusões radicalmente diferentes. Para os Nuer, a mulher ‘brehaigne’ acede ao status masculino. Como todo casamento legítimo é sancionado por importantes transferências de gado da família do marido à da esposa, este gado é repartido entre o pai e os tios paternos desta. De volta à casa de seus irmãos, a mulher estéril se beneficia, então, na qualidade de tio paterno, de parte do gado da compensação dada para suas sobrinhas. Quando ela, dessa forma, constitui um capital, ela pode, por sua vez, fornecer uma compensação matrimonial e obter uma esposa da qual ela se torna o marido. Essa relação conjugal não leva a relações homossexuais: a esposa serve seu marido e trabalha em seu benefício. A reprodução é assegurada graças a um criado, a maior parte das vezes de uma etnia estrangeira, que cumpre tarefas pastoris mas assegura também o serviço de cama junto à esposa. Todas as crianças vindas ao mundo são do ‘marido’, que a transferência do gado designou expressamente, segundo a lei social que faz a filiação. Elas portam seu nome, chamam-na ‘pai’, a respeitam e não se estabelece nenhum laço particular com seu genitor, que não possui direitos sobre elas e se vê recompensado por seu papel pelo ganho de uma vaca, por ocasião do casamento das filhas, vaca que é o prêmio por engendrar. Estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, portanto, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação. Levado ao extremo, esta representação que faz da mulher estéril um homem a autoriza a representar o papel de homem em toda sua extensão social.

---

<sup>12</sup> **EM TRADUÇÃO LIVRE:** *Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma “dissociação entre a ‘verdade biológica do engendramento’ e a filiação”. Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação.*

**Nadaud, Stéphane.** Homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 45.

<sup>13</sup> Hérítier, Françoise. Op. cit. pp. 108/109.

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantêm uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil.

Nadaud<sup>14</sup>, em sua tese de doutorado, realizou estudo sobre uma população de infantes criados em lares de homossexuais, constatando que:

(...) globalement, leurs comportements ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que tous les enfants de parents homosexuels "vont bien", mais d'apporter une pierre supplémentaire à l'édifice des études qui montrent déjà que leurs comportements correspondent à ceux des autres enfants de leur âge. Ce qui revient absolument pas à nier leur spécificité.

Não é diferente a conclusão a que chegaram Tasker e Golombok<sup>15</sup>:

Ce qui apparait clairement dans la présente étude, c'est que les enfants qui grandissent dans une famille lesbienne n'auront pas nécessairement de problèmes liés à cela à l'âge adulte. De fait, les résultats de la présente étude montrent que les jeunes gens élevés par une mère lesbienne réussissent bien à l'âge adulte et ont de bonnes relations avec leurs famille, leurs amie e leurs partenaires. Dans les décisions de justice que statuent sur la capacité ou l'incapacité d'un adulte à élever un enfant, il conviendrait de ne plus se fonder sur l'orientation sexuelle de la mère pour évaluer l'intérêt de l'enfant.

Idêntica é a pesquisa de CJ. Patterson<sup>16</sup>, da Universidade de Virgínia (USA), ao afirmar que:

<sup>14</sup> **EM TRADUÇÃO LIVRE:** (...) globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos de pais homossexuais "estão bem", mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade. Nadaud, Stéphane. Op. cit. p. 302.

<sup>15</sup> **EM TRADUÇÃO LIVRE :** O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança.

Tasker, Fiona L. e Susan Golombok – Grandir Dans une Famille Lesbienne. In: **Homoparentalités, état des lieux.** Coord.: Martine Gross. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.

<sup>16</sup> **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos

Em resumo, il n'existe pas de données que permettraient d'avancer que les lesbiennes et les gays ne sont pas des parents adéquats ou encore que le développement psychosocial des enfants de gays ou de lesbiennes soit compromis, sous quelques aspects que ce soit, par rapport à celui des enfants de parents hétérosexuels. Pas une seule étude n'a constaté que les enfants de parents gays ou lesbiens sont handicapés, dans quelques domaines significatifs que se soit, par rapport aux enfants de parents hétérosexuels. De plus, les résultats à ce jour laissent penser que les environnements familiaux fournis par les parents gays et lesbiens sont susceptibles de soutenir et d'aider la maturation psychosociale des enfants de la même manière que ceux fournis par les parents hétérosexuels.

Na Universidade de Valência (ESP), o estudo de Navarro, Llobell e Bort<sup>17</sup> aponta na mesma direção:

Los resultados ofrecen de forma unánime datos que son coherentes con el postulado de la parentalidad como un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado con la orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y los padres heterosexuales.

Também a Academia Americana de Pediatria (American Academy of Pediatrics), em estudo coordenado por Ellen C. Perrin<sup>18</sup>, concluiu:

A growing body of scientific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes.

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do

---

*familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais.*

**CJ. PATTERSON.** Resultats des Recherches concernant l'homoparentalité. Texto cedido, por via eletrônica, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

<sup>17</sup> **EM TRADUÇÃO LIVRE:** *Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidireccional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais.*

**Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterde Bort.** Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

<sup>18</sup> **EM TRADUÇÃO LIVRE:** *Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui.* **Ellen C. Perrin** : Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Como assinala Rolim<sup>19</sup> :

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais" ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada.

Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13/17 :

Li. de 39 anos e L. de 31 anos, convivem desde 1998. Em abril de 2003 L. teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004 foi deferida a adoção de J.V.. Na época Li. participou da decisão e de todo o processo de adoção auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos,

---

<sup>19</sup> Rolim, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em: 31 mar. 06.

porém, é Li. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

Li., diz que, é mais metódica e rígida do que L. e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. Iara, mãe de Li., a família aceita e apóia Li. na sua orientação sexual, “ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, Li. os trata como filhos” (SIU). Coloca que Li. e L. se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de Li. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e L.. Com a família de L. a convivência é mais freqüente, pois a mãe de L. auxilia no cuidado a J.V..

Com relação às crianças:

Os meninos chamam Li. e L. de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses, freqüenta a Escolinha particular Modelando Sonhos, a tarde. A professora dele, L. B. F., informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. Li. e L. estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais de alunos.

Observou-se que, P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de L. enquanto L. e Li. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.

L. coloca que até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos e, P.H. costuma ser convidado para ir brincar na casa de coleguinhas da escolinha. São convidados para festas de aniversário de filhas de colegas de trabalho e amigos.

Situação atual:

Li. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com L. e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que L. é autônoma e possui problema de saúde. E, ela já pensou em uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da URCAMP, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca “a minha preocupação não é criar polêmica mais resguardá-los para o futuro” (SIU).

Li. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado das crianças. Refere-se à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costuma limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V..

(...)

Parecer:

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que, Li. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico. (GRIFEI)

Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.

Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.

Nego, assim, provimento ao apelo.

**DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR) - De acordo.**

**DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) -**

A Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida. E hoje temos diante dos olhos um fato: dois meninos têm duas mães. Esse fato a Justiça não pode deixar de enxergar.

Desde que nasceram, essas crianças foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e por elas são criadas. Para criarem um vínculo jurídico, para assumirem a responsabilidade decorrente da maternidade, fizeram uso – como bem disse o Relator – de um subterfúgio: uma delas buscou a adoção. Mas passaram eles a ser criados por ambas, reconhecem as duas como mães, assim as chamam. Consideram-se filhos de ambas, ou seja, detêm com relação a elas a posse de estado de filho, estabelecendo com suas mães um vínculo de filiação.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo afetivo. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lôbo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo critério afetivo. Essa foi a escolha do legislador constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo a igualdade de direitos, também faz uma escolha pela filiação afetiva. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, *caput*). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230).<sup>20</sup> Assim, tem assento constitucional a priorização da filiação afetiva ou socioafetiva, como alguns preferem dizer.

Então, mister reconhecer que as duas mães mantêm um vínculo de filiação com essas crianças. Uma delas tem vínculo jurídico decorrente da adoção, buscando a outra o reconhecimento em juízo da filiação para assumir as responsabilidades decorrentes do poder

---

<sup>20</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 515.

familiar. Fazem isso porque são sabedoras das dificuldades que a ausência desse vínculo pode gerar aos filhos, eis que todos os pais responsáveis querem preservar sua prole.

Ao depois, a apelada tem vínculo laboral, que garantirá maior segurança a eles. É funcionária pública e professora universitária, ao contrário de sua parceira, que, inclusive, tem problemas de saúde. Quer dar aos filhos a segurança de que, se vier a falecer, terão direitos. Também quer ter a certeza, de que se vier a falecer a mãe adotiva, terá a possibilidade de ficar com a guarda dos filhos, porque, se não tiver vínculo nenhum, quiçá, nem com a guarda dos filhos poderá permanecer. Então, a pretensão desta mãe é a de se impor obrigações e assegurar direitos aos filhos, estabelecendo um vínculo jurídico com eles.

Em face disso é que a única observação que eu faria ao detalhado e preciso voto do eminente Relator é um questionamento sobre a legitimidade do Ministério Público em veicular o recurso de apelação contra a sentença que deferiu a adoção. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre as funções do Ministério Público, está o de (art. 201, inc. VIII): “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Assim, inclusive, creio que teria o Ministério Público legitimidade para ingressar com ação de adoção cada vez que se defrontasse com esta situação consolidada para regulamentar a situação jurídica das crianças.

É chegada a hora de acabar com a hipocrisia e atender ao comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes. Como há enorme resistência de admitir a adoção por um par homossexual, mas não há impedimento a que uma pessoa sozinha adote alguém, resolvendo o casal constituir família, somente um busca a adoção. Não revela sua identidade sexual e no estudo social que é levado a efeito, não são feitos questionamentos a respeito disso. A companheira ou o companheiro não é submetido à avaliação e a casa não é visitada. Via de consequência, o estudo social não é bem feito. Para a habilitação deveria atentar-se a tudo isso, para assegurar a conveniência da adoção. Aliás, este foi o subterfúgio utilizado pelas mães dessas crianças.

Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?

Pelo jeito é isso que pretende o recorrente pois toda a linha de argumentação que é vertido no recurso é de que a convivência poderia gerar consequências de ordem comportamental ou na identidade sexual das crianças. Ora, se é pernicioso a convivência o

que quer o recorrente é acabar com o convívio, é afastar os filhos de suas mães. Quem sabe colocá-las em um abrigo ou entregá-las em adoção a um casal heterossexual.

Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

O voto do eminente Relator, que é uma decisão pioneira no Brasil, bem retratou esta realidade. Acompanho-o, em todos os seus termos.

É como voto.

**DESA. MARIA BERENICE DIAS** - Presidente - Apelação Cível nº 70013801592, Comarca de Bagé: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS DANILO EDON FRANCO

**ANEXO B – Sentença de adoção por par homoafetivo da Comarca de Porto Alegre/RS****Comarca de Porto Alegre – 2ª Vara da Infância e da Juventude****Ação de adoção – Processo nº 1605872****Autores – \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_****Criança – \_\_\_\_\_ – DN 24/09/2002**

Vistos os autos.

\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, qualificadas nos autos, ajuizaram ação de adoção da criança \_\_\_\_\_, nascida em 24 de setembro de 2002, também qualificada nos autos, aduzindo, em síntese, que a criança está convivendo na companhia das autoras desde 15 de dezembro de 2005, com a autorização deste juízo, conforme termo de guarda junto à fl. 10, e que os genitores da infante já foram destituídos do poder familiar, conforme cópia da decisão juntada às fls. 03 e 04 no processo nº 1570118 – Processo Preparatório de Adoção (PPA), em apenso, originado no processo nº 1478718 – Ação de Destituição do Poder Familiar que tramitou perante esta Vara da Infância e da Juventude.

Afirmaram as autoras, que cumprido o estágio de convivência determinado pelo Juízo, após ter sido a infante desligada da instituição de abrigo em que se encontrava, houve uma satisfatória adaptação de \_\_\_\_\_ ao lar que constituem, motivo pelo qual ratificam o pedido de que a adoção lhes seja deferida.

Interveio o Ministério Público, opinando favoravelmente ao pedido.

É o relatório.

Decido.

O presente requisito para o conhecimento do pedido encontra-se satisfeito no processo preparatório de adoção nº 1570118, em apenso, às fls. 03 e 04, qual seja, decisão judicial que destituiu os pais biológicos da infante do poder familiar, a qual transitou em julgado.

O segundo requisito para o conhecimento do pedido, também de ordem objetiva, advém da circunstância de que é este feito por duas pessoas do gênero feminino, situação esta

que, em princípio, deixaria de atender ao disposto no artigo 1.622 do Código Civil, que refere expressamente que *ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável*.

Em relação a esta aparente objeção, ou seja, de que pessoas do mesmo gênero possam viver em união estável, ou até mesmo casar, como já é permitido em diversos países do mundo, digressão importante que se impõe advém do questionamento: porque duas pessoas adultas, no pleno exercício das suas faculdades mentais e no exercício de seus direitos, estando a cumprir as obrigações que a sociedade lhes impõem, não podem decidir no sentido de viverem juntas, inclusive casarem, considerando-se que tal situação não gera prejuízo a quem quer que seja, exceto se forem as razões embasadas em uma ótica moral ou religiosa, o que é vedado constitucionalmente.

Não resta dúvida que a resistência decorre da idéia vigente, ainda que vetusta, de que a união entre duas pessoas deve pressupor necessariamente a procriação humana e a educação de futuros cidadãos, situação em que pessoas do mesmo sexo não conseguem atender, seja no plano genético ou no plano psicológico.

Hoje, diferentemente da idéia que vigorava até o final do século passado, quando somente um homem e uma mulher formavam uma família, como ensina *Roudinesco (1)*, seja em razão da liberação dos costumes, a perda de autoridade do pai e mesmo a precariedade da economia, as estruturas familiares se caracterizam por estarem em permanente transformação - monoparental, homoparental, gerada artificialmente, etc - e mostram-se cada vez menos aptas a transmitir os valores que há séculos encarnavam como próprios de sua constituição, situação esta que por paradoxal que se apresente, trouxe ao cenário social outra situação que até então não se fazia presente: as minorias antes perseguidas, como os homossexuais, apresentam hoje o desejo de se *normalizar*, e reivindicam o direito ao casamento, à adoção e à procriação assistida.

E nessa linha de raciocínio, a primeira indagação a se realizar é: porque negar-lhes essa pretendida *normalização*?

No campo jurídico, embora existam respeitáveis posições em contrário, a conclusão que obtenho de uma atenta leitura do texto constitucional e dos textos legais que procuram regular a matéria, é que inexistente óbice legal, seja em relação à possibilidade de duas pessoas do mesmo gênero constituírem uma entidade familiar, seja no que refere à possibilidade de que elas postulem a adoção de uma criança.

Embora se reconheça que o artigo 226 da Constituição Federal preveja apenas três formas de configurações familiares: casamento; a união estável entre um homem e uma

mulher com ânimo de constituir família; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; há de se levar em conta que tais previsões constitucionais não podem ser entendidas no sentido de que fora delas, outros comportamentos não possam também ser regulamentados de forma idêntica – norma geral exclusiva.

Leciona *Maria Celina Bodin de Moaraes* (2, p 89-112), que tal teoria apresenta seu ponto fraco ao ignorar que os ordenamentos jurídicos também possuem uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma (eles sempre existirão), desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica.

O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, em precioso acórdão que enfrentou questão análoga àquela presente neste feito (AC nº 70013801592, TJRS, 7ª Câmara Cível, julgado em 05.4.2006), bem referiu que a *affectio* que leva duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugal* do que a *affectio societatis*, e, portanto, não estão elas ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, que é uma forma de entidade familiar.

Conclui o ilustre Desembargador, que embora a união de duas pessoas do mesmo gênero não possa, nos termos do dispositivo constitucional, ser entendida como uma união estável, indubitavelmente é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

E é com esta linha de pensamento que a jurisprudência, brasileira e gaúcha, já há alguns anos tem se manifestado, primeiramente reconhecendo que duas pessoas do mesmo gênero podem constituir uma entidade familiar, e mais recentemente que reconhecida esta, também podem postular a adoção de uma criança.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ‘PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO ‘HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ‘BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. ‘...5 – Diante do §3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, verifica-se ‘que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o ‘conceito de **entidade familiar**, a partir do modelo de união ‘estável, com vista ao direito previdenciário, **sem exclusão, porém, da relação homoafetiva**. ‘... ‘Recurso Especial não provido”. (STJ, 6ª Turma, Resp nº 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa- grifei).

“AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ‘ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO ‘DOS REQUISITOS. CABIMENTO. ‘A ação declaratória é instrumento jurídico adequado para ‘reconhecimento da união estável entre parceria homoerótica, ‘desde que afirmados e provados os pressupostos próprios ‘daquela **entidade familiar**. A sociedade moderna, ‘mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões ‘judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos ‘em abandonar os nichos de segregação e repúdio, em busca ‘da normalização de seu estado e igualdade às parselhas ‘matrimoniais.

‘EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR ‘MAIORIA’’. (Embargos Infringentes nº 70011120573, TJRS, ‘4º Grupo Cível, julgado em 10.6.2006 - grifei).

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

‘Reconhecida como entidade familiar, merecedora de ‘proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo ‘sexo, com características de duração, publicidade, ‘continuidade e intenção de constituir família, decorrência ‘inafastável é a possibilidade de que seus componentes ‘possam adotar. Os estudos especializados não apontam ‘qualquer inconveniente em que as crianças sejam adotadas ‘por casais homossexuais, mais importando a qualidade do ‘vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão ‘inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de ‘abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas ‘desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de ‘firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente ‘é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes ‘(art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo ‘especializado comprova o saudável vínculo existente entre as ‘crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. ‘UNÂNIME’’. (TJRS, 7ª Câmara Cível, AC nº 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 05.4.2006).

Seguindo a mesma orientação, a Lei Estadual do Rio Grande do Sul nº 11.872, de 19 de dezembro de 2002, se compromete com a defesa da liberdade de orientação sexual, assim dispondo em seu artigo 1º:

“O Estado do Rio Grande do Sul, por sua Administração ‘Direta e Indireta, reconhece o respeito à dignidade da pessoa ‘humana de todos os seus cidadãos, devendo, para tanto, ‘promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a ‘esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação ‘fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, ‘preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da ‘liberdade de cada um e sem prejuízos a terceiros”.

E dando efetividade a este comando legal, a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, através do provimento administrativo de nº 06/2004 (3), proveu:

“As pessoas plenamente capazes, independentemente da ‘oposição de sexo, que vivam uma relação duradoura, em ‘comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, ‘poderão registrar documentos que digam respeito a tal ‘relação. As pessoas que pretendam constituir uma união ‘afetiva na forma anteriormente referida também poderão ‘registrar documentos que a isso digam respeito”.

Superada estas duas fases, quanto aos requisitos objetivos para o conhecimento do pedido, necessário ainda é que se averigúe sobre a conveniência ou não do deferimento da adoção, isto é, se ela apresenta reais vantagens para Vitória, conforme exige o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme relatório de estágio de convivência de fls. 12 a 14, K. e E. avaliam como sendo muito positiva sua experiência em adoção, no momento em que sentem-se ligadas afetivamente à menina e percebem que ela corresponde e as identifica como pessoas importantes em sua vida cotidiana.

Informam ainda que a família extensa a recebeu com muito carinho e afeto, e que ela ficou contente com o período de convivência com sua madrinha, já apresentando uma relação também positiva com a avó e primos.

Concluíram os técnicos que firmaram o relatório, que da mesma forma que a maior parte das adoções que são realizadas com a intervenção do Juizado da infância e da Juventude, as primeiras relações entre adotantes e adotada ocorreram com êxito, com o que opinaram favoravelmente ao pedido de adoção.

Vê-se, portanto, que adotantes e adotanda já estão a constituir uma entidade familiar, e que está a infante sendo muito bem cuidada por elas.

Sendo a situação presente satisfatória, o prognóstico para que V. tenha uma vida digna e feliz muito positivo, há de se indagar, por fim, se o fato de estar ela sendo adotada por duas pessoas do mesmo gênero não poderá causar-lhe prejuízos no futuro, quando existe a possibilidade de também ser ela adotada por pessoas que sejam de sexos diversos.

Esta possibilidade, embora advenha apenas de uma previsão com base nos dados de estudo atuais, também necessita ser aferida por este Juízo.

A primeira afirmação a se fazer a respeito é que, nos diversos textos examinados e pesquisas buscadas, poucos deles admitem riscos maiores que uma adoção nesse contexto possa ter, sendo os argumentos em contrário, no mais das vezes, sempre de conteúdo religioso ou moral, sem maior rigor científico.

Nesse sentido é a posição externada por Lorea (4, p.42):

“Outro ponto que chama a atenção de quantos se dedicam ao ‘estudo desse tema é a desinformação por parte de ‘operadores do Direito acerca da existência de pesquisas ‘realizadas com crianças, adolescentes e adultos que são ( ou ‘foram) criados por casais formados por pessoas do mesmo ‘sexo.

‘É fato que literatura sobre o tema, geralmente, se encontra ‘em inglês ou francês. Porém, mesmo em espanhol se ‘encontram publicações a respeito. Assim, revela-se ‘equivocado o argumento, ainda que recorrente, de que seria ‘necessário, por cautela, que se aguardassem os resultados ‘das pesquisas acerca das conseqüências da criação de filhos ‘por casais homossexuais.

’Os resultados das pesquisas estão disponíveis. O seu ‘conteúdo aponta para a inexistência de qualquer ressalva à ‘homoparentalidade decorrente, ou não, da adoção (American ‘Psychological Association, 1991; Golombok&Tasker, 1996; ‘Paterson, 1996; Fassim, 1999; Gross, 20050”.

Fernández e Vilar (5), assim concluíram após extensa investigação sobre a matéria:

“Sostenemos que no es prejudicial para um menor ser ‘adoptado por uma pareja homosexual. Podría Haber, aunque ‘es dudoso, perjuicios secundários (como la discriminación), ‘pero que no derivan directamente de la orientación ‘homosexual de los adoptantes (y si estas adopciones no se ‘produjeran, jamás decaería esta discriminación). Esta opinión ‘deviene da la experiencia y de nuestros

conocimientos ‘científicos generales, y también de la investigación realizada ‘hasta la fecha, aún no suficientemente extensa (para ‘cualquier outro tema lo seria). La opinión contraria dice ‘supportarse em conclusiones a partir de lãs mismas teorías ‘que nosotros conocemos Y tenemos em cuenta, pero hurtan ‘los datos contrários a sua posiciones. Es fácil adivinar um uso ‘sesgado y partidista de dicho corpus de conocimiento”.

A Dra. Elizabeth Zambrano (6), em palestra proferida no II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família (7), que ocorreu município de Gramado, neste Estado, no mês de junho transacto, também defendeu que pais homossexuais possam adotar crianças, lecionando:

“As famílias homoparentais são uma das possibilidades de ‘construção familiar atual, uma das maneiras possíveis de ‘viver em sociedade, trocando cuidados, afetos e ‘compartilhando o cotidiano. Elas já existem há muito tempo ‘como demonstram os estudos que vêm sendo realizados ‘desde os anos 70 e, atualmente, estão adquirindo maior ‘visibilidade através da mídia, em grande parte como ‘conseqüência da atuação dos grupos que lutam pelo direito ‘dos homossexuais e pelos Direitos Humanos.

‘O bem-estar das crianças não é afetado por serem elas filhas ‘de pais homossexuais. O número de pesquisas ‘suficientemente extenso e o conjunto dos resultados ‘apontando na mesma direção, permitem que possamos fazer ‘essa afirmação. A comparação entre crianças que crescem ‘em contexto heteroparental e aquelas que crescem em ‘contexto homoparental indica não haver diferenças ‘significativas entre umas e outras. É verdade que ainda se ‘fazem necessários mais estudos sobre as características ‘dessas famílias, de forma a podermos identificar as suas ‘especificidades. Entretanto, até o momento, não encontramos ‘nada que demonstre serem elas melhores ou piores do que ‘outras configurações”.

Como foi visto, inexistindo óbice legal para que duas pessoas do mesmo gênero postulem uma adoção, e também inexistindo, *a priori*, razões de ordem subjetiva que inviabilizem o atendimento de uma postulação nesse sentido, não parece razoável que por razões de ordem notadamente morais, que apresentam-se desacompanhadas de conteúdo científico, abdique o Poder Público de regular juridicamente as relações entre as pessoas que integrem, de fato, uma entidade familiar, situação esta injusta principalmente para a criança, pessoa que conforme a Constituição Federal deve ser protegida com prioridade absoluta.

Queira ou não o Poder Público, duas pessoas do mesmo gênero, mais nos dias de hoje do que antigamente, constituirão entidades familiares com vínculo de afeto, criarão e educarão seus filhos, e da mesma forma que os casais heterossexuais, parte terá uma vida conjunta harmoniosa até o fim de seus dias, e outra parte separar-se-á, eventualmente permanecerá em litígio, sendo nesta última hipótese imprescindível que o Poder Público, e não pessoas individualmente, disciplinem questões como a guarda, previdência social, registro civil, sucessão, etc.

Os tempos são outros, assim como outras devem ser nossas idéias sobre a convivência social. A tolerância com a divergência deve ser permanentemente exercida, como

meio de inclusão de todos os integrantes de uma sociedade que submetem a suas regras, e, por consequência, a legitimam. Pensamento em contrário, sem dúvida alguma, significa deslegitimar o próprio Estado como ente responsável pela vida em sociedade, criando sociedades paralelas que terminam por enfraquecê-lo.

Roudinesko (1, p. 195), bem apanhou o momento atual em que vivemos, assim como a necessidade que a sociedade consiga estabelecer regras de convivência satisfatórias entre a moral estabelecida e as minorias, principalmente os homossexuais:

“Para além do ridículo das cruzadas, das especializações e ‘dos preconceitos, será preciso efetivamente admitir um dia ‘que os filhos de pais homossexuais carregam, como outros, ‘mas muito mais que os outros, o traço singular de um destino ‘difícil. E será preciso admitir também que os pais ‘homossexuais são diferentes dos outros pais. Eis porque ‘nossa sociedade deve aceitar que eles existem **tais como ‘são**. E deve lhes conceder os mesmos direitos. E não é ‘obrigando-se a serem **normais** que os homossexuais ‘conseguirão provar sua aptidão a criar seus filhos. Pois, ao ‘buscarem convencer aqueles que os cercam de que seus ‘filhos nunca se tornarão homossexuais, eles se arriscam a ‘lhes dar, de si próprios, uma imagem desastrosa”.

Isto posto, com base nos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, defiro \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ a adoção de \_\_\_\_\_, pelo que determino:

O cancelamento do registro original e a abertura de um novo, neste constando que a infante é filha de \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, sem mencionar as palavras pai e mãe. Da mesma forma, a relação com os avós, no registro civil, não explicitará a condição materna ou paterna;

Passará a infante a chamar-se \_\_\_\_\_;

Sem custas, nos termos do artigo 141, parágrafo segundo, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao registro civil.

Porto Alegre, 03 de julho de 2006.

**José Antônio Daltoé Cezar**  
**Juiz da infância e da Juventude**

(1) Roudinesco, Elisabeth. A família em Desordem. 2003, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro.

(2) Moraes, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In RTDC. V. 1.

- (3) Publicado no Diário da Justiça do Rio Grande do Sul nº 2.806, de 03-3-04, p. 02.
- (4) Lorea, Roberto Arriada. Homoparentalidade por Adoção no Direito Brasileiro. In Revista do Juizado da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul, Ano III, nº 05, 2005.
- (5) Fernández, Rafael Portugal. Vilar, Alberto Araújo. Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción por parejas homosexuales. Avances em Salud Mental Relacional. Vol. 3, nº 2 – Julio 2004 – Órgano Oficial de expresión da la Fundación OMIE. Revista internacional On-Line.
- (6) Médica psicanalista e antropóloga do Núcleo de Pesquisa em Antropologia do Corpo e da Saúde (NUPACS) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
- (7) Texto gentilmente cedido ao signatário, pelo Dr. Roberto Arriada Lorea

**ANEXO C – Sentença de adoção por par homoafetivo da Comarca de Catanduva/SP****VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE CATANDUVA**  
**AUTOS Nº \_\_\_\_\_**

Vistos.

\_\_\_\_\_, qualificado e representado nos autos ajuizou pedido de adoção da menor \_\_\_\_\_, alegando, em síntese, que a criança foi adotada por seu companheiro \_\_\_\_\_, com o qual vive relacionamento homossexual há 14 anos. Afirma que a família é composta pelo requerente, o companheiro e a adotada \_\_\_\_\_, e que a considera como filha, razão pela qual pretende adotá-la. Pleiteia a procedência do pedido de adoção para que seja deferido o pedido e, conseqüentemente, seja determinado a averbação na certidão de nascimento da menor o nome do requerente como seu pai. Vieram os documentos de fls. 06/08.

O representante do Ministério Público manifestou-se requerendo estudo social – fls. 10.

Estudo social – fls. 12/13.

Avaliação psicológica – fls. 15/16.

Manifestação do representante do Ministério Público – fls. 18/20 – requerendo o indeferimento do pedido.

O requerente manifestou-se – fls. 24/26 – pelo deferimento.

É o relatório.

Decido.

Primeiramente cumpre-me salientar que se encontra presente requisito indispensável para o conhecimento do pedido, qual seja, decisão judicial, transitada em julgado, que destituiu os pais biológicos do poder familiar – (processo apensado).

Passo a analisar o pedido.

O requerente postula a adoção da menor \_\_\_\_\_, filha adotiva de \_\_\_\_\_ com quem mantém um relacionamento aos moldes de entidade familiar, união estável, há mais de catorze anos.

O representante do Ministério público manifestou-se pelo indeferimento do pedido sob o argumento de que o requerente e o pai adotivo da criança serem pessoas do mesmo sexo. Sustentou a impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas do mesmo sexo, com base no 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”.

A meu ver, não é possível afastar a possibilidade de deferimento do pedido com base nessa interpretação ou ainda naquela de que não há permissão legal para o deferimento.

Quanto ao argumento da falta de permissão legal rebato acrescentando que também não há proibição. Nosso sistema jurídico permite o ato ou ele proíbe, não há postura intermediária, portanto, aquilo que não está proibido é permitido.

Ademais, a falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não pode servir de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos (Desembargadora Maria Berenice Dias).

Resta, portanto, analisar se o relacionamento mantido pelo requerente com o pai adotivo da menor pode ou não ser considerado como união estável, superada esta questão, entendo que não haverá qualquer óbice ao deferimento do pedido.

A jurisprudência pátria, principalmente do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, tem se consolidado no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento igual àquele conferido às uniões estáveis (homem e mulher). Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Recentemente, em sede de Ação Civil Pública movida pela Procuradoria da República contra a União, visando o reconhecimento das uniões homossexuais, defendendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Procurador da República, Dr. João Gilberto Gonçalves Filho, afirmou:

“O Estado Social e Democrático de Direito, como se enquadra a República Federativa do Brasil, caracteriza-se pelo respeito à diferença e pela tolerância com as minorias, de modo a que todos os seres humanos possam desenvolver suas aptidões pessoais e exercerem, pacificamente, o direito constitucional a ser feliz. O Estado não foi concebido para criar obstáculos à felicidade dos cidadãos, nem para impor a consagração de um determinado padrão de moral religiosa, ainda que por via indireta – negando direitos. Se a heterossexualidade é a orientação sexual da maioria da população brasileira, nem por isso a minoria homossexual deve ser tratada como pecaminosa ou doentia a ponto de o Estado fazer, como vem fazendo, discriminações gritantes na aquisição de direitos e no status jurídico desses indivíduos.

A propósito, cumpre trazer à baila a lição do emitente Juiz federal Roger Raupp Rios, lançadas em excelente monografia sobre o tema, *verbis*:

“No direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição a direitos fundada exclusivamente na homossexualidade”.

A consagração da inviolabilidade da vida privada como direito fundamental do indivíduo, somada à proibição de discriminações em virtude do sexo, à ausência de religião oficial e ao vetor da dignidade da pessoa humana, tudo isso será fundamental para concluirmos, sem sombra de dúvida, que se impõe ao estado Brasileiro um dever de abstenção, consistente em não negar direitos com base nos padrões de moral católica, vale dizer, que não se pode discriminar pessoas homossexuais pelo só fato de terem escolhido, como modo de ser e de viver, esta orientação sexual”.

Versando sobre o mesmo tema e de maneira brilhante, encontra-se o voto do eminente relator, Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, apelação Cível nº 7001381592, cujo voto foi acompanhado pela Desembargadora Maria Berenice Dias, que assim se pronunciaram, ao fazer comparações às resistências encontradas para o reconhecimento de união estável entre homem e mulher com as encontradas hoje para o reconhecimento em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo:

“que o fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a “affectio” que leva a estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida muito mais a “affectio conjugal” do que a “affectio societatis”. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade, é uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas de qualquer forma, é uma decisão, e como tal, deve ser respeitada.

E com relação aos argumentos contrários fundamentados no sentido de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição da República e dentre eles não se encontra a união entre pessoas de mesmo sexo, trouxeram a lição de Maria Celina Bodin de Moraes (RTDC – 89/112), conforme abaixo transcrevo:

“O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do texto constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º). Alguns autores, e respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que “qualquer outro tipo de entidade familiar que e queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei.”

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da “norma gera exclusiva” segundo a qual, resumidamente, uma norma, regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em

doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrário sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos da interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação de textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, como efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta tratar-se de dispositivo constante na Lei maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios – e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, não predeterminam, de modo completo em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo de abrange diversas possibilidades. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação.

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de “direito civil constitucional”, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas – tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado Democrático e Social de Direito, as relações jurídicas privadas perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil á luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional “entidade familiar”.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família consagrou, no art. 1º, III entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção de seus integrantes. É o fenômeno da funcionalização das comunidades intermediárias – em especial de família – com relação aos membros que as compõem.

A proteção jurídica que era dispensada em exclusividade a forma familiar (pensa-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao conteúdo ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude de função que

desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo, ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, com os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo – seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada “união estável” o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil -, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer -, mas uma manifestação particular do ser humano e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas a família como grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Conclui-se, portanto, que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivam de modo durável, sendo a convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído às uniões estáveis.

A partir desse pressuposto, só resta concluir que é possível reconhecer a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

A decisão acima mencionada, pioneira por sinal, atenta para o fato que “na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social”.

O v. acórdão cita João Batista Vilela – A desbiologização da paternidade, in: Revista da Faculdade de Direito da UFMG-BH, ano 27, nº 21.1979: “*se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que*

*com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.”*

E, ainda, Françoise Héritier. A coxa de Júpiter – reflexões sobre os modos de procriação. In: Estudos feministas. Ano 08, 1º sem. 2000, p.98: *“Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todos consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação.”*

E sob esse aspecto é necessário que se verifique, neste caso concreto, sobre a convivência do deferimento ou não da adoção, observando-se o disposto no art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em primeiro lugar, é preciso anotar que não existe nenhum estudo especializado que indique qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, ao contrário, os estudos demonstram que o que efetivamente importa é a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar, os vínculos afetivos que ligam as crianças aos pais adotivos ou mães adotivas.

Nesse sentido é pesquisa de CJ Patterson, da Universidade da Virgínia (USA) ao afirmar: *“Não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psico-social dos filhos de gays e lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais, além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psico-social dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais.”*

Se os estudos especializados não apontam nenhum, óbice a convivência de crianças com pais homossexuais, resta-nos, analisar se a adoção é conveniente para a menor, e a análise deve ser feita livre de preconceitos e hipocrisias, observando-se fundamentalmente, o interesse da menor.

A menor T. encontra-se abrigada desde 03 de abril de 2003, contava na época com um ano e seis meses de idade e lá permaneceu até o dia em que foi adotada pelo convivente do requerente, V. P. da G. F., contava então com quatro anos e quatro meses de idade. Histórico: maus tratos – filha de mãe e pai alcoólatras e viciados em drogas.

Ressalte-se que somente foi deferida a adoção para V. porque nenhuma das 45 (quarenta e cinco) famílias inscritas no cadastro de adoção da comarca “interessou-se por ela e os motivos alegados forma os mais diversos e dentre eles, que reputo importante: a cor e a idade, velha demais para ser adotada. V. era uma ótima opção.

Assim, não fosse V., T. ainda estaria abrigada conforme as crianças que abaixo relaciono:

NOME	DATA DE NASCIMENTO	INGRESSO NO ABRIGO	TEMPO NO ABRIGO
João Vitor	06.04.1999	11.03.2005	1 ano e 7 meses
Sabrina	20.10.1998	14.11.2005	11 meses
Wellington	09.02.1997	17.06.2003	3 anos e 4 meses

Paulo	24.09.1997	01.08.2005	1 ano e 2 meses
Wellington R.	21.01.1997	14.11.2005	11 meses
Nathiele	04.05.1996	11.03.2005	1 ano e 7 meses
Ana Maria	01.01.1995	08.06.2001	5 anos e 4 meses
David	13.05.1995	11.03.2005	1 ano e 7 meses
Janaina	09.08.1995	11.06.2003	3 anos e 4 meses
Maksuel	24.06.1995	30.07.2001	5 anos e 3 meses
Nayara	10.08.1995	08.06.2001	5 anos e 4 meses
Silas	16.06.1994	08.06.2001	5 anos e 4 meses
Solange	28.02.1994	17.06.2003	3 anos e 4 meses
Maria	30.12.1993	21.10.2004	2 anos
Murilo	25.06.1993	30.07.2001	5 anos e 3 meses
Marcela	27.09.1992	11.10.1992	14 anos
Tamires	18.03.1992	08.06.2001	5 anos e 4 meses
Valdir	04.06.1992	06.02.2003	3 anos e 8 meses
Samanta	22.12.1989	11.06.1991	15 anos e 4 meses
Letícia	03.03.1997	Maio/2005	5 anos e 5 meses
Larissa	04.02.1999	Maio/2005	5 anos e 5 meses
Lucas	26.02.1994	Março/2005	1 ano e 7 meses
Elisângela	17.08.1997	Março/2005	1 ano e 7 meses
Gabriel	10.08.2000	20.07.2004	2 anos e 3 meses

Todas essas crianças têm, basicamente, o mesmo histórico: abandono pelos pais ou abrigo em razão de maus tratos. Permanecem no abrigo porque os interessados em adoção pretendem crianças com até, no máximo, dois anos de idade. A grande maioria quer um recém nascido.

Estudo recente publicado nos pelo IPEA relata que no Brasil existem 80 (oitenta) mil crianças mantidas em abrigo e que desse total 45% não mantém vínculo com as famílias biológicas.

São crianças como Samanta, relacionada acima, que, provavelmente, passarão a vida em um abrigo sem manter laços afetivos e familiares, porque os legisladores do país fazem de conta que não estão vendo, omitem-se e porque aqueles que têm a oportunidade de dar a elas uma chance, por meio da adoção, a casais homossexuais quando nenhum casal heterossexual se interessa, prendem-se ao formalismo e ao comodismo para fundamentar a decisão em: falta de permissão legal.

Não se pode perder de vista que as grandes conquistas da humanidade, principalmente na área dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana, se fizeram com sangue, suor e lágrimas do homens e mulheres, pessoas que ousaram pensar diferente, que

lutaram por suas idéias e que muitos morreram defendendo o direito de todos viverem de forma digna e principalmente com igualdade.

O Desembargador Ricardo Raupp Ruschel e Desembargadora Maria Berenice Dias são exemplos a serem seguidos, pois em caso semelhante e cuja decisão foi utilizada como fundamentação desta, ousaram contrariar a maioria conservadora e comodista, os preconceitos, o falso moralismo e a hipocrisia e votaram pelo deferimento da adoção e é a eles que, nesta decisão, ousou seguir.

Os motivos para deferir o pedido estão expressos nos laudos social e psicológico.

T. vive com os dois desde 23.12.2005 e refere-se a eles: como pai quando se dirige a V. e “pai Ju.” quando se dirige ao requerente, tem forte ligação afetiva com ambos.

A menor estuda em colégio particular, tem um quarto só dela, é cercada de carinho pelos dois pais e pelos familiares de ambos, frequenta o clube da cidade, enfim, é tratada como toda a criança deveria ser. Existe esperança para T. Com eles é convenientemente alimentada, terá oportunidade de estudar, ser bem educada. O futuro se apresenta bem promissor.

O requerente, por seu turno, vive com V. há mais de 14 anos, dedica-se aos cuidados de T., trata-a como filha e pretende adotá-la para dar a ela mais segurança, além de afetiva, também econômica, pois legalmente será sua dependente e terá direitos sucessórios.

Tudo que o requerente pretende é criar também um vínculo jurídico, assumir também a responsabilidade decorrente da paternidade, já que a menor vem sendo criada por ambos e reconhece-os como pais.

De todo o exposto, visando a atender ao comando constitucional proteção integral a crianças e adolescentes, defiro o pedido.

Posto isso julgo procedente o pedido de adoção e, em conseqüência, defiro a D. P. de C. J. a adoção de T. R. da G. e determino que conste no Registro de Nascimento da criança que é filha de V. P. da G. F. e D. P. de C. J., sem declinar condição de pai ou mãe e da mesma forma, a relação dos avós sem explicar a condição materna e paterna. A menor passará a se chamar T. R. C. da G., com trânsito em julgado, expeça mandado de averbação ao cartório de Registro Civil com a recomendação de que seja mantida a observação feita quando da primeira adoção. Sem custas, nos termos do art. 141, parágrafo segundo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

P.R.I.C.

Catanduva, 30 de outubro de 2006.

Sueli Juarez Alonso - Juíza de Direito

**ANEXO D – Sentença de adoção por par homoafetivo da Comarca do Rio de Janeiro/RJ**

Processo:2005.710.001858-3

Ação: Adoção

Requerentes: \_\_\_\_\_

Requerido: \_\_\_\_\_

Criança/Adolescente: \_\_\_\_\_

### Sentença

Tratam estes autos, inicialmente, de pedido de Adoção da criança \_\_\_\_\_, filho de \_\_\_\_\_, formulado por \_\_\_\_\_.

O pedido inicial relata os motivos de sua pretensão, bem como informa os fatos contidos nos autos da Ação de Destituição do Poder Familiar ajuizada pelo Ministério Público aos 25 de janeiro de 2005, por falta de assistência por parte da genitora para com seu filho, abrigado na Instituição Lar Luz e Amor desde 26/11/04.

Com a inicial, juntou a Autora documentos de fls. 6/34.

Despacho de fls. 35/v, determinando apensação dos autos à DPF 2005.710.000490-0.

Petição de fls. 36/37, comunicando que o poder familiar da genitora foi suspenso em despacho datado de 26/01/05, de fls. 22 dos autos da DPF 2005.710.000490-0, requerendo o deferimento da guarda provisória. Juntou docs. de fls. 38/42.

Decisão de fls. 43, indeferindo o pedido de guarda provisória.

Petição de fls. 44/45, reiterando pedido de guarda, juntando docs. de fls. 46/57.

Despacho de fls. 58, mantendo decisão de fls. 43.

Agravo de Instrumento, fls. 59/67. Decisão de fls. 68/69, deferindo efeito suspensivo ao Agravo.

Às fls. 71, consta Decisão de reconsideração, concedendo a guarda provisória à Requerente.

Relatório do Abrigo, fls. 97/98, informando do relacionamento e estreitamento de laços afetivos entre adotante e adotando.

Decisão de fls. 100, determinando a citação neste feito e na DPF apensada.

Encontra-se às fls. 101, ofício informando da decisão unânime de provimento do Agravo de Instrumento.

Expedição de Mandado de Citação da Ré, relativa à Adoção e Destituição do Poder Familiar, fls. 103.

Requerimento de prorrogação de guarda, fls. 105/106, com juntada de documentos de fls. 107/185.

Juntada de mandado de citação negativa, fls. 187/v.

Despacho de renovação de guarda e citação por edital, fls. 189.

Juntada de documentos, fls. 191/222.

Encontra-se, às fls. 226/232, Estudo Social favorável.

Decisão prorrogando a guarda provisória, reiterando a citação por edital (em ambos os feitos), fls. 235.

Cópias de edital de citação, fls. 238/241 (Citação na Adoção e na DPF).

Expedição de ofícios de praxe para localização da Ré, fls. 243/245.

Resposta negativa de ofício, fls. 247.

A Autora, às fls. 249/251, apresenta petição pleiteando a inclusão de sua companheira no pólo ativo da presente ação, juntando documentos de \_\_\_\_\_, às fls. 253/255.

Ofícios do DETRAN e Receita Federal, fls. 256/257, fornecendo endereço da Ré.

Estudo Psicológico favorável, fls. 259/261, concluindo que "a adoção atende aos interesses da criança que já possui \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ como sua referência familiar".

Decisão deferindo a inclusão no pólo ativo, expedição de mandado de citação nos endereços fornecidos às fls. 256/257, bem como nova citação editalícia, face ao aditamento realizado.

Novos editais de citação da Adoção e DPF, fls. 265/267.

Mandado de citação negativa, fls. 268/v.

Certidão de inércia, fls. 270.

Decisão de decretação de Revelia e nomeação de Curador Especial, fls. 270.

Contestação do Curador Especial, fls. 270/v.

Promoção ministerial, fls. 275, com ciência do acrescido.

Pedido de renovação de guarda provisória, fls. 276.

Decisão renovando a guarda, fls. 249.

Mandado de citação negativa, fls. 284/v.

Decisão de fls. 286 avocando os autos, na forma do inciso VI do art. 92 do CODJERJ.

Mandado de citação negativa, fl. 288/289.

Decisão de prorrogação da guarda, fls. 293, bem como de abertura de vista ao MP para manifestação final neste feito e na DPF.

Petição das Requerentes, reiterando a procedência do pedido.

Promoção final do Ministério Público, fls. 295/299, pugnando pela procedência dos pedidos em ambas as ações: DPF 2005.710.000490-0 e Adoção 2005.710.001858-3.

Quanto à DPF 2005.710.000490-0, concluiu o parquet pela destituição do poder familiar da genitora da criança, face à violação aos deveres inerentes ao poder familiar.

Quanto à Adoção 2005.710.001858-3, concluiu que o pedido apresenta reais vantagens ao adotando, configurando-se a situação excepcional da inclusão da criança em família substituta, deferindo-se a adoção às Requerentes, com observação quanto ao registro de nascimento, a ser feito com a exclusão dos termos "pai", "mãe", "paterno", "materno".

Parecer do Curador Especial de fls. 300, pela negativa geral.

É o Relatório. Passo a decidir.

#### DA FUNDAMENTAÇÃO DA DPF

Anteriormente à distribuição do presente feito, o Ministério Público propôs Destituição do Poder Familiar (nº 2005.710.000490-0) em face de \_\_\_\_\_, genitora do adotando, tendo sido suspenso o seu poder familiar, por decisão aposta às fls. 22 daqueles autos, a estes apensados.

Com o ajuizamento da presente Ação de Adoção, este feito teve seu regular processamento, enquanto a Ação de DPF permaneceu paralisada.

Verifica-se, porém, que os atos praticados nos presentes autos, referem-se, também à DPF apensada.

A genitora-ré foi citada por edital, depois de esgotados todos os meios para a sua citação pessoal, funcionando regularmente a curadoria especial, que contestou por negação geral.

Nos editais de citação publicados, constava o chamamento da Ré para oferecimento de resposta nos 02 feitos: Adoção e DPF.

A Decisão de fls. 293 determinou a vinda de manifestação final em ambos os processos.

O Ministério Público, em seu parecer final, manifestou-se nestes autos quanto ao mérito da Adoção e da Destituição do Poder Familiar.

Assim, por medida de economia processual, passo a proferir, nestes autos, decisão acerca do mérito da Destituição de Poder Familiar proposta pelo Ministério Público (autos nº 2005.710.000490-0) e da Adoção pretendida pelas Requerentes (autos nº 2005.710.001858-3).

A perda (ou suspensão) do pátrio poder configura verdadeira sanção civil, a qual, na forma do art. 24 do E.C.A., deve observar o princípio da tipicidade.

Assim, ocorrerá a perda (ou suspensão) do Poder Familiar nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores ou de determinação judicial feita no interesse dos mesmos (E.C.A., art. 22) e nas hipóteses de castigo imoderado, abandono ou prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (C.C., art. 1638).

O pedido dos autos se baseia no abandono de \_\_\_\_\_ por sua genitora, o que é inquestionável, eis que a criança foi abrigada em 26/11/04, por negligência familiar, sem registro de nascimento, tendo recebido uma única visita da mãe no período de abrigamento.

### DA FUNDAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO

Ao examinar os autos da Adoção, verifica-se que todos os dados neles constantes são favoráveis ao deferimento do pedido, mormente no que tange à promoção ministerial, bem como os excelentes estudos psicológicos, atendidos, assim, os requisitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 39 a 50.

Aqui não foram levantadas, em qualquer momento, as relevantes e polêmicas questões que transitam, atualmente, pela sociedade brasileira.

É que o presente pedido é formulado por \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, que formam uma união homoafetiva, tendo, por conseguinte, como tema central, a adoção por pares homossexuais.

Necessário se torna, para decidir este processo, trazer à colação o artigo de lavra da Juíza Inês Joaquina Sant'Ana Santos Coutinho, intitulado "O Perfil do novo Juiz da Infância e da Juventude", publicado na Revista EMERJ (vol. 10 - nº 37-2007, pág. 105), onde se lê: "esta Magistratura só pode ser compreendida pelos olhos que se focam, prioritariamente, na Justiça e não apenas no Direito, na finalidade humanística da lei e não no seu formalismo, no resgate de vidas e não na burocracia do processo".

Seguindo esta linha de raciocínio, não pode esta Magistrada, mesmo que de forma perfunctória, deixar de enfrentar tais questões, em face da enorme carga de preconceito e discriminação que recai sobre o tema em exame, fundamentada pelos mais variados argumentos, desde religiosos, médicos, sociais, até mesmo e, ainda, jurídicos, sob pena de não fazer jus à sua função judicante, principalmente, em se tratando de competência em área da Infância e da Juventude.

Ao longo da história da humanidade os conceitos sobre a homossexualidade, família e direitos da criança e adolescente, vêm sofrendo enormes transformações.

O processo de transformação pelo qual passa a humanidade se acentua, sobremaneira nos modelos de família que apresentam novos contornos, nos quais se destacam as relações de sentimento entre seus membros, tendo por base o afeto e o cuidado.

Com a evolução da sociedade novos parâmetros emergem, exigindo que a lei e o direito cumpram o seu objetivo maior, qual seja regular e regulamentar as relações que surgem destes constantes movimentos sociais, acompanhando-lhes as mudanças.

Cabe apontar, por exemplo, que na Antigüidade e até o advento das religiões cristãs o homossexualismo era reconhecido como condição natural; em matéria de família não se contemplava qualquer direito às reuniões extramatrimoniais, não permitido o divórcio e os filhos havidos fora do casamento eram tidos como ilegítimos.

Os direitos referentes a estas situações só foram reconhecidos após longa construção jurisprudencial, cumprindo-se assim a função precípua do Judiciário que é de aplicar o direito no caso concreto.

Neste momento, esta Magistrada, encontrando-se diante da responsabilidade de decidir sobre um pedido de ADOÇÃO formulado por um par homossexual, não pode quedar-se frente a qualquer argumento fundado em preconceitos, discriminações ou rejeições, de qualquer ordem, devendo registrar que esta responsabilidade incidiria em qualquer hipótese, mesmo que os Requerentes fossem heteros.

Diante da importância do Instituto da Adoção para o Direito da Infância e da Juventude, o Magistrado, ao examinar o pedido, tem que ter em mente estabelecer o melhor para o adotando, ciente, entretanto, que perfeição não existe, nem mesmo nas famílias biológicas e/ou constituídas por núcleos convencionais.

Seguindo o rastro da doutrina, majoritariamente, e da jurisprudência, ainda de forma tímida, há de se reconhecer a inexistência de lei que proíba a adoção por pares homoafetivos. O que existe é lacuna de lei, que se resolve através das regras dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Examinando os elementos contidos nestes autos constata-se que as Requerentes vivem em verdadeira união estável, construída em base de lealdade e fidelidade, nos moldes de uma união estável entre heterossexuais. União estável esta, já reconhecida, inúmeras vezes, pelo Estado para fins sucessórios (por decisões judiciais) e previdenciários (Instrução Normativa nº 20/2003 - Instituto de Seguridade Social - INSS).

#### DO DISPOSITIVO

Considerando que a genitora efetivamente deve ser destituída do poder familiar por descumprimento dos deveres inerentes e que as Adotantes cumpriram os requisitos necessários à adoção, atendido o princípio do Interesse da Criança e do Adolescente; com a aplicação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil, artigos 3º, inc. IV, art. 5º caput e inciso II, todos da Constituição Federal, JULGO PROCEDENTE o pedido para destituir a Ré \_\_\_\_\_ do poder familiar sobre seu filho \_\_\_\_\_ e DEFERIR às Requerentes \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ a adoção da criança \_\_\_\_\_ que passará a chamar-se \_\_\_\_\_. Transitado em julgado, cancele-se o RCN original e expeçam-se os mandados para registro do adotando, devendo constar como filiação \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, sem serem mencionadas as palavras mãe e pai. Da mesma forma, a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna, constando, assim, como avós, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. Junte-se cópia da Sentença ora proferida aos autos da DPF em apenso. Tudo cumprido dê-se baixa e arquivem-se.

Rio de Janeiro, 24/08/2007.

Ivone Ferreira Caetano - Juiz Titular

**ANEXO E- Sentença de adoção por par homoafetivo da Comarca de Recife/PE**

PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO - SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA CAPITAL

PROCESSO: Nº 298/09/2008 - EBM

AÇÃO: ADOÇÃO NACIONAL BILATERAL

REQUERENTES: \_\_\_\_\_

ADOTANDAS: \_\_\_\_\_

SENTENÇA \_\_\_\_\_/09/2008-EBM

VISTOS ETC.

\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, ingressaram perante este Juízo, após o primeiro requerente ser devidamente cadastrado nos autos do processo \_\_\_\_\_, com um pedido de ADOÇÃO em favor das crianças \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, nascidas em 17/07/2003 e 30/07/2001, ambas registradas no \_\_\_\_\_, cujos genitores \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ contra si decretada a perda do poder familiar, consoante sentença proferida nos autos do processo \_\_\_\_\_ prolatada em 31/01/2007, transitada em julgado no dia 22/02/2007, conforme certidão de folhas XX/XX dos autos, lançados os registros das crianças no Sistema INFOADOTE para busca de pretendentes à adoção por se encontrar as duas crianças abrigadas.

O primeiro requerente foi selecionado pelo Sistema INFOADOTE e conseqüentemente convocado, conforme documento de cruzamento e seleção de pretendentes a adoção do Núcleo de Adoção e Estudos da Família desta 2ª Vara.

Às fls. 02 dos autos de Adoção foi autorizado o desligamento das crianças adotandas da Unidade do Abrigo \_\_\_\_\_, fixado o estágio de convivência em 30 (trinta) dias, concedida guarda provisória, determinada a designação de audiência e a expedição de Carta Precatória à Comarca de \_\_\_\_\_ para realização de estudo psicossocial para fins de avaliação do estágio de convivência.

Às fls. 14. foi realizada a juntada a Carta Precatória devidamente cumprida informando da convivência afetiva entre os requerentes há mais de 12(doze) anos e que a relação de paternidade era exercida ao mesmo tempo pelos dois requerentes.

Audiência realizada às fls. 30/31 com oitiva dos requerentes e após requerimento do MP foi concedido prazo para de 10(dez) dias para o segundo requerente peticionar aditamento a inicial conforme seu interesse manifestado.

Aditamento às fls. 32/42 recebido por despacho de fls. 32 e remetido ao Núcleo de Adoção e Estudos da Família, NAEF para estudo e parecer técnico final.

Parecer técnico do NAEF juntado às fls. 44/52.

Ouvido o Órgão do Ministério Público, este também se manifestou favorável ao pedido através do parecer de fls. 54/63.

Conclusos para sentença às fls. 64 em 07.07.08.

É o relatório.

DECIDO.

Autos conhecidos para sentença somente nesta data em razão do acúmulo de serviço desta Vara Especializada por força deste Juiz Titular acumular a função de Coordenador Estadual da Infância e Juventude do Estado de Pernambuco.

Os requerentes encontram-se cadastrados no cadastro desta Comarca. Segundo os critérios objetivos de prioridade estabelecidos na Portaria Conjunta N.º 01/93, cabe aos mesmos a oportunidade de adotar as crianças \_\_\_\_\_, que foram declaradas disponíveis para adoção e colocadas no cadastro desta 2ª Vara, com sentença transitada em julgado, satisfazendo, assim, todos os pré-requisitos formais para a concessão da adoção nacional.

O pedido de adoção realizado por dois homens para o exercício do poder familiar referentes às duas meninas referidas, atende ao princípio do melhor interesse das crianças preconizado pela Convenção de Nova Iorque de 1989, ao princípio da proteção integral previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 227, bem como ao princípio prescrito pelo artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina ser a adoção deferida apenas quando apresentar reais vantagens para as crianças e funda-se em motivos legítimos.

O melhor interesse encontra-se comprovado nos autos no fato da mudança efetiva na vida das crianças que foram transferidas de um abrigo para o seio de um grupo familiar que lhes proporcionam afeto e carinho, como se observa no relatório de fls. 47, onde a psicóloga do Núcleo de Adoção e Estudos da Família-NAEF desta 2ª Vara da Infância e Juventude do Recife informa:

Diante do que foi exposto, observamos que o \_\_\_\_\_ apresentam um relacionamento estável, construído paulatinamente ao longo de quatorze anos de convivência e oferecem um ambiente familiar seguro, com condições sociais e afetivas favoráveis para proporcionar as adotandas um desenvolvimento físico e mental saudáveis. Além disso, demonstram que a família extensa, formada por seus parentes próximos, apóia a adoção das crianças e as inseriu em suas dinâmicas como membros de tal grupo familiar.

A proteção integral prevista pela Carta Magna Brasileira é evidenciada na constatação das garantias de convivência familiar e na construção do universo afetivo necessário ao desenvolvimento de uma personalidade estruturada e saudável, como bem releva o parecer psicossocial do NAEF às fls. 50 dos autos:

A psicanálise nos ensinou que família não é um grupo natural e sim um grupo cultural, ela é uma estruturação psíquica, onde as funções exercidas por seus membros não dizem respeito a questão de gênero e sim ao desejo dirigido a criança e à possibilidade de fazê-la sujeito diferenciado, ou seja não alienado das expectativas e imposições das figuras representativas nesta constituição familiar. Por fim compreendemos que na construção da subjetividade infantil: "O que é insubstituível é um olhar sobre a criança, ao mesmo tempo responsável e desejante, não no sentido de um desejo sexual abusivo, mas o desejo de que esta criança exista e seja feliz na medida do possível; o desejo que confere um lugar a este pequeno ser, e a responsabilidade que impõe os limites deste lugar. Isto é necessário para que elas obtenham um mínimo de parâmetros, inclusive éticos, para se constituir como sujeitos, (KEHL, 2001, p. 38).[1]

As reais vantagens são consubstanciadas na condição concreta dos recursos materiais e financeiros que os adotandos dispõem conforme consta no relatório de estágio de convivência de fls. 22/24, realizado pela equipe interprofissional da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de \_\_\_\_\_, que afirma: A família reside em casa própria, bem localizada e bem projetada para acolher bem seus moradores. Trata-se de uma casa com dois pavimentos sendo que na parte térrea foi adaptado o quarto para as crianças. Na parte superior fica um escritório e a suíte do casal. A casa é toda contornada com um jardim cujastrepadeiras chegam a atingir a parte superior onde localiza-se uma sacada que tem uma vista maravilhosa.

Assim, convencido se encontra este juízo de que as razões afetivas fortalecem a realidade do grupo familiar em que se encontram inseridas as crianças[2], pois a compreensão para a aceitação desta realidade familiar é um resultado de muitos anos de evolução da sociedade familiar. O Direito como ciência social que busca o equilíbrio social é o instrumento científico que permite através do devido processo legal o reconhecimento das mudanças sociais e culturais, homologando a proteção aos bens vitais que esta mesma sociedade elege e vincula às leis, como indicado nos parágrafos anteriores. A psicologia é uma ciência que cuida do estudo do comportamento humano com atenção ao universo afetivo das pessoas, sempre considerando o contexto biopsicosocial e as suas relações subjetivas decorrentes. Assim por estes dois referenciais teóricos este juízo reconhece o direito de crianças serem adotadas por pessoas do mesmo sexo refletindo uma consciência atual da sociedade de eleição do bem vital do afeto como o elemento mais importante para a definição destas novas famílias.

A adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo não resulta em decisão judicial de reconhecimento legal do casamento homoafetivo. O que se caracteriza legalmente é a garantia de as crianças podem receber afeto de pessoas habilitadas e capazes do exercício do poder familiar reconhecidas pela justiça como tais. Em suma é a concretização da condição de sujeito de direitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente concebe para a garantia do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Como ensina a Professora Martha de Toledo Machado[3]:

Daí por que, na essência, a possibilidade de desenvolver a personalidade humana (as potencialidades do ser humano adulto) é pré-requisito da própria noção jurídica de personalidade, como tradicionalmente no Direito vinha sendo concebida. Por outras palavras, não há direitos da personalidade em sua plenitude sem a preexistência da personalidade humana formada como tal. Por isto é que, sustento, pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica principiológica ou conceitual, que a possibilidade de formar a personalidade humana adulta - é exatamente o que estão "fazendo" crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição de adultos - há de ser reconhecida como direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais direitos da personalidade adulta, ou a própria personalidade adulta.

As vantagens afetivas referenciais desta convicção são destacadas no relatório psicossocial de fls. 24:

Por tudo o que nos foi possível observar e analisar, as crianças em tela estão se adaptando com tranqüilidade a nova realidade familiar e, tanto o requerente quanto o seu companheiro apresentam-se emocionalmente estáveis e disponíveis afetivamente para recebê-las como filhas. As meninas estão tendo a oportunidade de conviver em ambiente familiar estável e tranqüilo, formada por dois homens que possuem uma relação afetiva baseada no carinho, respeito mútuo e companheirismo. Acreditamos, portanto, que esta adoção tem grandes chances de vir a ser bem sucedida.

Muitos são os julgados que afirmam o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar em famílias afetivas formadas por pessoas do mesmo sexo, vale colacionar, a título exemplificativo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.**

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

**AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.**

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.[4]

Ainda em destaque o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível de Nº 70013801592:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. **NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.**

O eventual argumento que se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável conforme prescrição do artigo 1.622 do Código Civil, o que não se configura no caso, diante do fato de

que os pretendentes a adoção das crianças são pessoas do mesmo sexo, há de ser vencido ante a interpretação de princípios constitucionais, bem como das regras dispostas na legislação civilista e legislação especial de proteção infanto-juvenil. A compreensão deste artigo tem a contribuição da Professora Tânia da Silva Pereira que diz:

O Estatuto não fixou condições mínimas de configuração da união estável para fins de concessão da medida, limitando-se a exigir que seja comprovada a estabilidade da família (art., 42, parágrafo 2º, da Lei nº 8.069/90). O novo Código, no artigo 1.723, mantém o critério anterior no sentido de "exigir a comprovação de uma convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição familiar".[5]

Nos autos a Ilustre Promotora de Justiça manifestou-se através de seu parecer ministerial de fls. 54/63 é no sentido da procedência do pedido alegando:

Pelos argumentos explanados e com base nos princípios constitucionais e demais dispositivos legais acima expostos, considerando que o caso exige uma apreciação amparada em uma racionalidade que possibilite o olhar para o presente e o futuro de um mundo plural que se transforma e reclama uma nova postura do Direito, Direito este que também se realiza se realiza e recria quando aplicado ao caso concreto, apoiado na Constituição que exerce o papel de centro reunificador, opinamos favoravelmente ao pedido de adoção através do cadastro formulado por \_\_\_\_\_ em favor das crianças \_\_\_\_\_.

Ainda no mesmo parecer do Ministério Público foram apreciadas as questões jurídicas relativas aos preceitos constitucionais e da legislação civilista:

A Constituição da República considera, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, parágrafo 3º), ao lado da família monoparental (parágrafo 4º) e daquela constituída a partir do casamento civil. Indaga-se, contudo, se estas modalidades de entidades familiares são únicas as admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em negativa a resposta, a questão a ser enfrentada volta-se à restrição do Código Civil. Na perspectiva doutrinária é forte oposição que rejeita a teoria da norma geral exclusiva. Destaco entre os estudiosos do tema Paulo Lobo que apresenta os seguintes argumentos: "A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para a sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, entendemos que não há necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria". A união homossexual constitui-se entidade familiar desde que apresente como características: afetividade, estabilidade e ostensibilidade, também é o que ensina Paulo Lobo. Do que dos autos constam estes elementos característicos em relação a \_\_\_\_\_ estão presentes.

Consideradas todas razões de fato e de direito e apreciados todos os elementos constantes nos autos, é do entendimento deste juízo que as relações afetivas não são delimitadas pelas possibilidades das uniões de gêneros, mas sim pela inata condição humana de realizar a vida através do afeto e da construção da felicidade com respeito ao outro e a si mesmo. A reconquista da história da humanidade através da alteridade, um fundamento do princípio da preservação da espécie humana, é o objetivo da aplicação das leis para a proteção das famílias. As crianças são nossos bens mais preciosos e responsáveis pelo futuro da humanidade, tendo as leis em todo o mundo assim reconhecido. No Brasil a Carta Magna em seu artigo 227 responsabiliza a todos, família, sociedade e estado para a proteção integral com prioridade absoluta na atenção com as crianças. O artigo 226 da mesma Carta dispõe ser a família a base da sociedade e ter a proteção especial do Estado, e em seu parágrafo 4º determina que também é entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e

seus descendentes. Vale citar as palavras acertadas de Maria Celina Bodin de Moraes[6], também referidas no voto do Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos no julgamento da mesma AC de Nº 70013801592:

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que 'qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da 'norma geral exclusiva' segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos [03]. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica [04]. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional - composta de regras e princípios -, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, 'não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades' [05]. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, 'apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que não de ser concretizados no momento de sua aplicação' [06].

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de 'direito civil-constitucional', a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado - bem como a colmatação de suas lacunas -, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas 'perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não

previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional 'entidade familiar'.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, 'impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família' [07]. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, 'deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes' [08]. É o fenômeno da 'funcionalização' das comunidades intermediárias - em especial da família - com relação aos membros que as compõem [09].

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha - isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como 'instrumento', não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual - a qual se configura como direito personalíssimo -, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada 'união estável' o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência - que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil -, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não

configura doença de qualquer espécie - a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer -, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se com certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Com isto, está refutada a idéia de que somente um homem e uma mulher juntos podem constituir uma entidade familiar. Além do que a mesma Constituição Federal em seu artigo 3º enumera entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A questão jurídica assentada no artigo 1.622 do Código Civil Brasileiro se encontra vencida pois guarda a mesma natureza de erro de lógica formal de interpretação, pois é evidente que neste artigo a técnica legislativa inverteu a regra pela exceção, quando inicia o dispositivo pela exceção ao afirmar que duas pessoas não podem adotar conjuntamente. Impõe-se dizer que tal afirmativa legal está em conflito direto com a Norma Constitucional do Artigo 226 que garante a proteção especial à família, e somente serve tal raciocínio de interpretação primária àqueles que também desejam entrar em conflito direto com o Artigo 3º da República Federativa do Brasil que enumera entre os seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No mérito, houve plena adaptação à nova família, conforme constatado no parecer da equipe técnica no estágio de convivência. O pedido se funda em motivos legítimos e os autores não revelaram impedimento do Art. 28, ECA, para adoção. A adoção atende aos interesses da criança e o estágio de convivência foi devidamente cumprido. Obedecidas foram todas as formalidades legais.

O pedido está de acordo com o direito e conta com a anuência do Órgão Ministerial Público.

ANTE O EXPOSTO, com arrimo no Art. 227, § 5º e 6º da Constituição Federal, combinado com os Artigos 269, I, 1103 e seguintes do Código de Processo Civil e nos Artigos 28; 39 e seguintes, 165 e seguintes, todos da Lei n.º 8069/90 (ECA), JULGO PROCEDENTE o pedido da inicial, para fins de colocar as crianças em família substituta e, via de conseqüência conceder a Adoção em favor dos requerentes. As crianças passarão a chamar-se: XXX, consignando-se nos seus assentamentos os nomes dos adotantes XXX e de seus ascendentes, não constando da certidão do registro qualquer observação sobre a natureza do ato, cumprindo o Oficial de Registro Civil a realização dos assentamentos dos genitores e de ambos os respectivos avós.

A determinação de lavratura de novo registro de cancelamento do registro original decorre do meu entendimento de que o Art.10 do Novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406,

de 10.01.2002 é inconstitucional, quando recomenda a simples averbação no registro original, pois com isso estaria sendo contrariado o princípio da igualdade entre filhos biológicos e adotivos e negado o princípio da prioridade absoluta contido no caput do Art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, como controle difuso de inconstitucionalidade, mediante declaração incidente nego aplicação a referida norma que contraria a constituição, aplicando o Art. 47 e parágrafos do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, que não foram revogados no Novo Código Civil Brasileiro. Remeter a Núcleo de Adoção e Estudos da Família - NAEF para fins de controle estatístico do INFOADOTE.

Sem custas.

P.R.I., em segredo de Justiça.

Recife, 26 de setembro de 2008.

Elio Braz Mendes - Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Infância e Juventude da Capital.

[1] KEHL, Maria R. Lugares do feminino e do masculino na família, in Comparato, M, c. m. &Monteiro, D, S. F. (org.). A criança na contemporaneidade e a psicanálise. São PAULO: Casa do PSICÓLOGO, 2001.

[2] As crianças se encontram convivendo com o grupo familiar desde o dia 20 de março de 2007, portanto em estágio de convivência por mais de um ano. Nota do autor.

[3] MACHADO, Martha de Toledo. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003, p.109.

[4] AC 70009550070, j. em 17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias.

[5] PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In DIAS, Maria Berenice (coordenadora) e outros. Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte; Del Rey, 2003, p. 161.

[6]MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In RTDC. v. 1.p. 89/112, apud SANTOS, Luiz Felipe Brasil, Voto de Relator de AC de N°70013801592 do TJRGS.



**ANEXO F– Sentença de adoção por par homoafetivo da Comarca de Goiania/GO**

Vistos etc.

E. M. S. requer nestes autos, a destituição do poder familiar de R.B.A. e R.A.S. em relação à (ao) filho(a) A.C.A.A, qualificados na inicial, bem como a adoção do(a) mesmo(a). Sob o fundamento de abandono do(a) menor pelo(a) requerido(a) e de que já é mãe adotiva do irmão biológico do(a) adotando(a), tendo a pretensão de reunir e criar juntos os irmãos.

Junta documentos de fls. 08/14.

E fls. 39 comparece A.L.S.V, afirmando viver em união estável homoafetivo com a requerente, comprovando o alegado com fotocópia de escritura pública declaratória desta união e requerendo sua inclusão no pólo ativo, como adotante da criança e pedindo que a(o) mesma(o) a se chamar C.E.S.V. Pedido deferido.

Citados por edital os réus e revéis, lhes foi nomeado(a) curador(a) especial, que contestou o pedido, conforme o que consta em folhas 31. Realizado estudo do caso que conclui recomendando a adoção. O Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao pedido em brilhante parecer.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente em julgamento o pedido de destituição do poder familiar. Em apenso, consta processo de abrigo da criança, requerido pela mãe, sob o argumento de que não teria condições financeiras para cuidar da menor. Nos autos em apenso, em fls. 06/07, consta informe técnico de que os pais usam drogas e se agredem fisicamente na presença da criança, na ocasião que esta foi apresentada, estava com hábitos higiênicos prejudicados: suja, mal cuidada, cheirando mal e da mesma forma os pais. No decorrer temporal do processo não comparecem os réus, sequer para ter notícias do(a) filho(a). O irmão desta criança já foi adotado pela primeira requerente. Assim, reconheço o estado de abandono de A.C.A.A. Em decorrência, na forma do Art. 1.638 do Código Civil " Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono, julgo procedente o pedido de destituição do poder familiar e decreto a perda do mesmo para os réus, em relação a este(a) filho(a). Determino que seja esta decisão averbada junto ao registro de nascimento da criança.

Quanto ao pedido sucessivo, de adoção passo a julgá-lo. Ante a prejudicialidade, devo enfrentar por primeiro a questão da adoção por duas pessoas do mesmo sexo face ao disposto no Art. 1.622. do Código Civil: Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Ora se são dois(duas) os(as) requerentes: E.M.D. e A.L.S.V, não sendo marido e mulher resta compreender se vivem em união estável ou em qual outra relação.

O primeiro recurso de que lanço mão é o dicionário Da língua portuguesa o conhecido Aurélio do qual transcrevo: UNIÃO: [Do lat. unione.] Substantivo feminino. 1.Ato ou efeito

de unir(-se); junção, ligação, adesão. 2. Junção de duas coisas ou pessoas. 3. Contato, justaposição. 4. Pacto, aliança, liga. 5. Reunião de forças, de vontades, etc.; coesão, unidade. ESTÁVEL: estável [Do lat. stabile.] Adjetivo de dois gêneros. 1. Que está bem assente; firme: arquibancada estável. 2. Fig. Que está bem consolidado; seguro, sólido: fortuna estável. 3. Que não varia; inalterável. 4. Que adquiriu estabilidade (3 e 4): Ora ao caso concreto UNIÃO ESTÁVEL é a junção, ligação, adesão, contato, justaposição, pacto aliança, liga, reunião de forças, de vontades, coesão, unidade, de duas pessoas. Em face do significado gramatical, vivem em união estável. Quanto ao seu significado jurídico façamos a investigação. O Código Civil estabelece em seu Art. 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Barreira para a pretensão posta pelas requerentes. Não são do mesmo sexo, não há se falar em união estável.

E.M.S. já é mãe adotiva de uma criança irmã biológica do(a) adotando(a): A.C.A.A. A.L.S.V. Conforme consta de fotocópia da escritura pública de fls. 54/55 é convivente com a requerente há mais de 08 (oito) anos, sendo esse relacionamento público e do conhecimento de todos e unidas por fortes laços de afetividade, trabalhando para a constituição de um patrimônio comum, para que dela possam usufruir no presente e no futuro e que possam igualmente proporcionar uma à outra benefícios assistenciais perante os órgãos de previdência social ou quaisquer outros, prestando recíproca assistência pessoal moral e material, como entidade familiar, assim entendida nos termos do Art. 5º. II, parágrafo único da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Eles(as) reconhecem em união homoafetiva, invocando os preceitos constitucionais proclamados nos Arts. 1º, III, IV; e 5º da nossa Constituição.

Uma interpretação literal obstará a adoção face ao comando dos Artigos: 1.622 do Código Civil: "Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável e 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Não há lei específica.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O Juiz, em qualquer ação, deve se tornar uma criatura inventiva, pesquisadora, ousada e expressiva, tornar-se convincente aos olhos de outras pessoas, esclarecendo e abrindo o caminho para a que seja feita a justiça, no reto cumprimento de seu dever de intérprete da lei, mesmo quando estão fechadas saídas, portas, ele deve abrir uma ou outra e fazer justiça.

Ao invento pesquisador, ousado e expressivo. Extraio de julgado do prestigiado Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o mesmo fato em julgamento: Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do sec. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre o homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que a união fática entre o homem e a mulher constituía família, daí porque o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato. Houve resistências inicialmente?

Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se esta aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por

quê? Porque a affectio que leva estas duas pessoas a conviverem juntas há mais de 08 (oito) anos, sendo esse relacionamento público e do conhecimento de todos e unidas por fortes laços de afetividade, trabalhando para a constituição de um patrimônio comum, para que dele possam usufruir no presente e no futuro e que possam igualmente proporcionar uma à outra benefícios assistenciais perante os órgãos de previdência social ou quaisquer outros, prestando recíproca assistência pessoal moral e material, como entidade familiar, assim entendida nos termos do Art. 5º. II, parágrafo único da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Que reconhecem a união homoafetiva, invocando os preceitos constitucionais proclamados nos Arts. 1º, III, IV; e 5º da nossa Constituição (destaco em negrito as afirmações constantes de escritura pública nos autos em fls. 54/55 firmada entre as requerentes), ou seja, é muito mais affectio conjugalis do que affectio societatis. Eles(as) não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E esta realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade (...). Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor (...). Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir, sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão elencadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas do mesmo sexo I(...). A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à "forma" familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência pela tutela jurídica atualmente atribuída ao "conteúdo" ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha - isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar a tutela de outras formas de vínculos afetivos que embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo – seja razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade humana (Art. 1º II, CF) tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva (...). O argumento de que para a entidade familiar denominada 'união estável' o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo será capaz, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelado de modo semelhante, garantindo-se-lhe direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes (...).

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e de fato que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie, – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer – mas uma manifestação particular do ser humano, e considerando, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações

entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar. Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sócio-jurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista os seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, Art. 26, § 8º). Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo esta convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família, deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer em tese, a estas pessoas, o direito de adotar em conjunto (...).

É, portanto hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é asseguradora aos direitos das crianças e dos adolescentes (Art. 227 da Constituição Federal). Como ensina Rolim (...): "Temos no Brasil, cerca de 200 mil (que corrijo para 80.000 segunda a AMB Associação dos Magistrados Brasileiros) crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos, porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão em regra ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o para dizer: - ' Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas, foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas, por óbvio, aquelas que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; aquelas que as deixaram sem terem o que comer ou o de beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; aquelas que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos, eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, conforme consta de publicação do CFP (Conselho Federal de Psicologia) Adoção: um direito de todos e todas, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - que valor moral é que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças? Encerro a citação. Acrescento que o direito não é dos adotantes, mas da criança e do adolescente de ter uma família substituta, seja qual for. Sabemos que infelizmente a preferência para adotar é de criança recém nascida branca e do sexo feminino.

Agora, pontualmente, aos fatos. E.M.S. e A.L.S.V. tem a companhia da criança A.C.A.A. desde 11/12/07 que nasceu em 17/08/06. O(A) adotando(a) é irmão(ã) biológico(a) do filho (adotivo) da requerente. No laudo de fls. 140 e 141 consta como conclusão: "ante ao exposto, temos que as requerentes dispõem de uma boa estrutura familiar, estabilidade econômica e recurso para continuarem oferecendo amor e segurança à criança, assim manifestamo-nos favorável ao deferimento do pedido, salvo melhor juízo". O Ministério Público em fls.

142/146 afirma que seria discriminatório o não atendimento ao pedido das requerentes, posição já adotada pela previdência em caso de auxílio por morte ao convivente sobrevivente, garantindo-a, acrescentando que, para o ônus da relação, já se posicionou o TSE impedindo candidatura de conviventes em relação homoafetiva, ao fundamento de que os vínculos constituem no mesmo nível da união estável, do concubinato e do casamento.

Concluo, portanto que a convivência das requerentes guarda similitude com a convivência estável e merece o mesmo tratamento, a mesma proteção jurídica. Os fatos que servem de fundamento para o pedido oferecem vantagens para o(a) adotando(a) e os motivos para o pleito, que são de darem uma família substituta à criança, são legítimos, traduzidas em uma família de onde receberá carinho, amor, educação e formação humana em todas as suas manifestações. Os requisitos legais objetivos estão cumpridos: a criança adotada conta quase 03 (três) anos de idade não carecendo de seu consentimento por ser menor de 12 (doze) anos, os adotantes são maiores de 21 (vinte e um) anos, não são ascendentes e nem irmãos da criança adotada, são, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velhos que a adotanda, e, dispensado o estágio de convivência, haja vista, já estar em companhia dos adotantes, por tempo, que indica a conveniência da constituição do vínculo, o requisito subjetivo de dar à criança amparo, proteção, uma família estão presumidos.

Isto posto, julgo procedente o pedido e defiro a adoção pleiteada, declarando A.C.A.A. filho(a) de: E.M.S. e de A.L.S.V., sem que se discrimine seja uma ou outra pai ou mãe, simplesmente filho(a) deles(as). Sentença a ser inscrita junto ao registro civil, incluso os nomes de seus ascendentes como avós, procedendo-se ao cancelamento do registro original. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. Fica conferido ao(à) adotando(a) o nome C.E.S.V . P.R.I. Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado, cumprido, arquivem-se os autos.

Goiânia, 9 de Junho de 2009.

Maurício Porfírio Rosa - Juiz da Infância e Juventude

## ANEXO G – Sentença de adoção por par homoafetivo da Comarca de Santa Maria/RS

Comarca de Santa Maria - JUIZADO REGINAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE  
 Processo nº: 0270843001.28987  
 Natureza: Destituição de Poder Familiar/Adoção  
 Autores: C. M. S. e C. S.  
 Ré: V. M. T.  
 Juiz Prolator: Juiz de Direito Substituto - Rafael Pagnon Cunha  
 Data: 29/07/2009

‘O conjunto das pesquisas realizadas ao longo dos últimos vinte anos apresenta um resultado favorável à homoparentalidade tão contundente que estimulou a manifestação de várias entidades de classe nos EUA em favor da liberação para casamento e adoção por homossexuais, como a Associação Americana de Psicanálise, Associação Americana de Pediatria, Associação Americana de Antropologia, entre outras de igual peso. Essas pesquisas orientam, também, as decisões de países como Espanha e Inglaterra, na liberação do casamento e adoção por homossexuais. (...)’

Os resultados das investigações indicam não haver diferenças significativas entre pessoas heterossexuais e homossexuais, relacionadas à habilidade para o cuidado de filhos, à atenção dedicada a eles, ao tempo passado juntos ou à qualidade da relação pais/filhos (Patterson, 1996; Spacey, Biblarz, 20013). ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais, in Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade. II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil – Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, pp. 144-5.

‘Se os profissionais do Direito encontram dificuldade para assuntos da sexualidade mais convencional, muito mais encontrarão para as não-convencionais, como a homossexualidade’ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 48.

“Não se deve esquecer que a defesa da própria diversidade não deve ser feita nunca contra outras diversidades” SANCHEZ, Félix López Homossexualidade e família: novas estruturas. Tradução Carlos Henrique Lucas Lima. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 129.

‘A vida há de nos cobrar duramente por considerarmos pecado o amor que não se enquadra em nossa visão mesquinha; por querermos medir comportamentos segundo nossos padrões poucos generosos; por querermos prender, humilhar, podar todo o relacionamento que não se adapta à medida da nossa ignorância e dos nossos farisaicos valores.

Porque o amor, do jeito que pode ser, é o caminho da liberdade e da grandeza – é a nossa única possibilidade de salvação.’ LUFT, Lya. Pensar é transgredir. Rio de Janeiro Record, 2004, p. 55.

Vistos.

C.M.S. ajuizou AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER em face de E.S.C. e V.M.T., aduzindo, em síntese, ter sob seus cuidados, desde seu nascimento, a criança J. V., o qual fora abandonado, material e afetivamente, pela genitora. Pleiteou se destituisse os requeridos do poder familiar, com a conseqüente adoção do infante – afirmando preenchidos os requisitos legais para tanto.

Inicial recebida, designada audiência para colheita do consentimento da genitora, assim como determinada a realização de estudos técnicos.

Audiência prejudicada, visto que não-encontrada a mãe.

Emendada a inicial, com a inclusão de C.S. no pólo ativo.  
 Deferida a guarda provisória aos requerentes.  
 Prosseguimento da audiência, com oitiva da genitora, desautorizando a adoção.  
 Contestada a pretensão.  
 Réplica.  
 Instrução efetivada.  
 Memoriais apresentados.  
 MP pelo acolhimento das pretensões.  
 Vieram-me os autos conclusos.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR.

Tenho mereçam albergar as pretensões inicialmente expandidas.  
 Apreciação em capítulos.  
 Ao exame da matéria prefacialmente articulada.

#### I - A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOSSEXUAL

A toda evidência que ultrapassável o ponto.  
 Não obstante juridicamente defensável, trata-se, assim vejo, do capítulo da sentença de menor interesse.

Funda-se a mãe biológica de J.V. na ausência de expresse fundamento, legal e constitucional, a dar suporte à pretensão.

Tenho não ser essa a leitura que se afina à atual quadra de desenvolvimento do Direito, da Sociedade Brasileira e às promessas constitucionais de uma sociedade livre, igualitária, despida de discriminações e fundada na solidariedade.

Isso pois que a ausência de regra que, modo expresse, permita, não significa, em absoluto, que o ordenamento proíba – e a impossibilidade é tida, desde Liebman, como a presença de regra explícita que vede o próprio direito material postulado.

Sobre o alcance do instituto em voga, VOLTAIRE DE LIMA MORAES explicita:

Como observa Moniz de Aragão, 'parece que o verdadeiro conceito de possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente. Sendo a ação direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica do pedido'.

De acordo com os ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior, 'a idéia da possibilidade jurídica limitada à existência abstrata de uma norma jurídica reporta-se ao conceito formulado por Chiovenda, conservado em seu núcleo por Liebman, chamado por Calamandrei de relação entre fato e norma, e adotado por vários processualistas brasileiros'.

DINAMARCO vai mais além, ao doutrinar que:

Para que a demanda seja juridicamente possível, é necessária a compatibilidade de cada um de seus elementos com a ordem jurídica. O pítón é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto [...]. A causa pretende gera a

impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como os alegados pelo autor possam gerar direitos [...]. As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz (Const., art. 100; CPC, arts. 730 ss.).

Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o petitum – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir).

E isso não há.

O que há é uma lacuna do ordenamento, a qual atrai labor hermenêutico.

Passo a analisar a evolução do conceito de família aborda necessidade de afirmação da liberdade de opção (rectius: orientação) sexual e finalizo o presente primeiro capítulo da sentença trabalhando a interpretação a ser dada à união entre pessoas do mesmo sexo.

Amplio.

## I.A – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: DO PATRIMONIAL E PATRIARCAL AO AFETO, À (RE)PERSONALIZAÇÃO - À DEMOCRACIA

Muito se percorreu no que diz com a organização da família.

Nos primórdios, a formação de agrupamentos para sobrevivência – em face, especialmente, da natureza neotênica da espécie humana -, posteriormente, a imposição do poder patriarcal (não antes sem observância à fase matriarcal) e da proteção patrimonial obstavam o desenvolvimento da entidade familiar.

A Igreja (Católica, mui especialmente) contribui(u) sobremaneira para a manutenção do modelo patrimonial/patriarcal, no qual o poder/vontade se centraliza(va) no chefe de família.

Com o intento de preservação do patrimônio (ter), a desigualdade era marca do padrão patriarcal, no qual o temor mantinha a formação familiar e sinalizava respeito.

Sobre a organização familiar e seu evoluir, CARBONERA aponta:

Quando a sociedade era basicamente rural, e a população urbana minoria, um grande número de filhos significava mão-de-obra para os afazeres necessários à sobrevivência, possível ao menos para uma parte da família, o que garantia a sua continuidade.

Com o processo de evolução, costumes foram sendo substituído: a grande prole deu lugar a um número cada vez mais reduzido de filhos. Por outro lado, com um número menos de filhos houve a possibilidade de maior convívio entre estes e os pais, dando margem a um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de espaço para o modelo tradicional.

O evoluir das matrizes filosóficas, bem como o questionar dos modelos sociais postados, aos poucos, modificou a visão dominante da conceituação de família e poder familiar.

Como afirma CARBONERA, a família, como grupo social, não permaneceu estática: sentiu e fez sentir transformações jurídicas e sociais, atuando como elemento receptor e difusor das mesmas.

Passos lentos sinalizam as primeiras modificações no pensar e no agir da sociedade, a qual se tornou plural.

Já, na família, os marcos iniciais foram a alteração do sentimento de vigilância para o sentimento de proteção.

Nesse diapasão, a estrutura familiar passou a ser compreendida não apenas como organização de vigilância, mas como meio no qual as pessoas visavam à proteção uma das outras, formando assim uma cadeia de solidariedade.

Explana CRISTIANO que:

Deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), surgem, naturalmente novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais. Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.

Concebida como instituição de proteção, a formação da família passou a ser vislumbrada como unidade de afeto, teia que une e forma pessoas.

A adoção do padrão constitucionalista para análise das reações de família alterou o vetusto padrão civilista oitocentista de valorização exacerbada do patrimônio, passando-se à compressão de que o ser humano é elemento essencial em toda a análise das questões que envolvem a família, que passa a ser instrumento para formação e desenvolvimento de seus integrantes.

É a família despatrimonializada e eudemonista:

A valorização da afetividade no interior da família a despatrimonializou, pois fez com que ela deixasse de ser, essencialmente, um núcleo econômico. A família transcendeu uma concepção puramente eudemonista, que visa à felicidade individual, cujo fundamento é um individualismo desapegado de valores. A família da qual se trata é comprometida com os valores constitucionais, que transpôs para seu interior a solidariedade social. Essa é a concepção axiológica que prepondera na família contemporânea e que foi transferida para a ordem jurídica. A família na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. Não mais subsiste a família-instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só. Não importava a liberdade e realização de seus integrantes, mas sua preservação irrestrita, inclusive com uma hipócrita paz doméstica.

A opção pelo ser também revelou-se como eleição pelo sentir.

Assim, hodiernamente, a família passou a ser concebida como agrupamento assentado no sentir afeto.

Não mais se cogita a formação tradicional de família – oriunda da visão romano-canônica do direito -, pois que o conceito de família (construção não-natural, mas sócio-cultural) centralizou-se no grupo de vivência de afeto, o qual nem sempre mantém relação como os papéis familiares tradicionais.

Aliás, é preciso rememorar que, desde 1890, com a Proclamação da República, o Estado Brasileiro (e seu ordenamento jurídico) é laico, e, desse modo, o que for apregoado por qualquer Igreja não deve(ria) influir no pensamento jurídico.

Todavia, a bem da verdade, a moral e os dogmas religiosos – um arraigado noutro, com suas evidentes imbricações –, por fatores sociais/culturais, são (ainda) um minus em relação ao Direito.

Mas um minus, tão-só; nada mais.

O ordenamento mostra-se muitíssimo maior, e o enfoque sobre o elemento basilar da família mudou.

Com SACHES:

... a partir do ponto de vista profissional, o matrimônio não é uma instituição sagrada, mas sim uma instituição social, sobre a qual se legisla em diferentes níveis, com mudanças frequentes ao longo da história; e, em se tratando de uma instituição social, é discutível, podemos considerar se a mantermos assim como está, ou se melhorarmos a legislação que a regulamenta (se pensarmos de que forma e se entrarmos em acordo).

A partir do ponto de vista profissional, não podemos defender uma forma concretada, rígida e imutável de matrimônio. Seria situar-nos no que alguns psicólogos denominaram “legalidade moral”: pensar que as leis são sagradas, eternas, imutáveis e boas.

Isso é insustentável histórica, filosófica e antropológicamente porque as leis que regulamentam as instituições sociais mudaram e seguirão mudando ao longo da história. Sua origem está ou na imposição ditatorial de alguns governos confessionais, ou, no melhor dos casos, nas decisões de parlamentos, câmaras, etc., baseadas na soberania dos povos ou no consenso.

Dito isso, não mais a sacramentalidade do casamento, nem o laço sanguíneo são os únicos elementos de ligação entre os componentes da família, porém, sim, a afetividade - percebe-se a evolução (tardia) do instituto da união estável no Brasil.

Assim, o elemento fundante da família, hodiernamente, não mais se limita à procriação e à autorização divina para a realização do ato sexual.

Hoje a conceituação de família transcende a tão apoucados fins.

Deslocou-se, com o passar do tempo, o eixo do sangue ao afeto como elemento congregador da família.

Em restando ultrapassadas as idéias apregoadas pela Igreja, tem-se, repete-se, à exaustão, que o afeto, ao mesmo tempo, une e é o fim maior do atual e nacional modelo de família.

Nesse sentido o entendimento de ADRIANE DONADEL, quando pontua que a afetividade é a característica fundante da família brasileira atual na forma em que se encontra traçada constitucionalmente. Foram colocadas em segundo plano as funções política, econômica e religiosa e valorizada a dignidade de cada um dos componentes da família.

Ou, como dá conta a advogada MARIA BERENICE DIAS:

A visão pluralista das relações interpessoais levou à necessidade de buscar a identificação de um diferencial para definir família. Não se pode deixar de ver no afeto o elo que enlaça sentimentos e compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar. O afeto é o que conjuga. O envolvimento emocional, o sentimento do amor que aproxima almas, enlaça vidas e embaralha patrimônios, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, revelam o nascimento de uma família, a merecer abrigo no Direito de Família. [...] Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.

Com a ampliação de conceitos, a família passou a ser a formada pela união entre mãe e filhos, pai e filhos, irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos, casais – heterossexuais, homoafetivos -, dentre tantas formações possíveis (e ainda em formação, sem moldura pré-definida, como a muitos pareceria cômodo ou menos assustador, já que o medo do diferente é o nascedouro dos preconceitos).

E, na nova família, os papéis também são desempenhados por pessoas diversas do modelo tradicional, a figura paterna e/ou a referência masculina, como de há muito ocorrente em tantas e

tantas famílias monogâmicas, pode ser desempenhada pela pessoa mais próxima da criança – que não necessariamente quem gerou -, como, por exemplo, o avó, o tio, o companheiro/namorado da mãe, o irmão mais velho, etc., mostrando-se o pai como função e não necessariamente como a personalização de uma figura.

Pai como função, aliás, após Lacan, é o que a psicanálise, de há muito, ensina.

Em igual sentido, NALINI, sobre os novos papéis familiares:

Os papéis familiares – papel conjugal, papel parental, papel filial e papel fraternal – foram se alterando. Nem sempre há correspondência, hoje, entre o papel típico e o personagem que o protagonizaria.

Há a substituição dos papéis, vindo a suprir a ausência de referência, bem como propiciar o desenvolvimento integral do ser em formação – criança ou adolescente.

Assim emerge a nova família, repersonalizada, democrática, plural, baseada no afeto e na substituição/complementação de papéis.

#### I.B – A LIBERDADE DE OPÇÃO (rectius: ORIENTAÇÃO) SEXUAL

Na linha da quebra de arcaicos paradigmas, há de ser definitivamente assimilada a amplitude da conceituação de liberdade, atraída para o contexto do Direito da Família, como sendo a possibilidade/oportunidade/capacidade de vislumbrar-se um ser humano efetiva e plenamente livre para escolher o modo de constituição familiar que melhor lhe convier – que atenda, em suma, a seus sonhos de felicidade -, desde que observado o elemento fundante da entidade familiar: o afeto.

Nessa senda, LUIZ EDSON FACHIN:

[...] esse o ponto de partida desta abordagem que, contextualizada no Brasil, se funda na idéia da autodeterminação, superando as portas cerradas de suposto ‘assunto proibido’ e vencendo pretenso e antigo dogma que impunha um ‘silêncio hipócrita’. Não é apenas um desafio; é, em verdade, um aprendizado, a instituir-se na coerência entre o verbo e a prática [...].

Outras realidades precisam ser acompanhadas pelo Direito, conforme impõe a evolução da sociedade, em atenção à função promocional do Direito:

O Direito é (...) uma força de transformação da realidade. É sua a tarefa “civilizatória”, reconhecida através de uma intrínseca função promocional, ao lado da tradicional função repressiva, mantenedora do status quo.

Nesse íterim, bem que se diga, a homossexualidade, segundo os ensinamentos do sociólogo E. DURKHEIN, constitui fato social existente desde que o mundo é mundo, conforme aponta RODRIGO DA CUNHA PEREIRA:

A homossexualidade existe desde que o mundo é mundo. Em algumas culturas são mais rechaçadas, em outras, menos. Desde a Grécia antiga os registros são vários e apontam, naquela civilização, um comportamento em padrões de normalidade.

E mais.

A homoparentalidade já é uma realidade.

Aceite-se com maior ou menor facilidade.

É da boa doutrina:

Já existem inúmeros meninos e meninas (embora não saibamos quantos exatamente) que têm pais homossexuais ou mães lésbicas, tanto em uma relação monoparental (exercem a maternidade ou a paternidade de forma

isolada, como mãe solteira, por exemplo) quanto como casal (dois pais/duas mães, se usarmos a terminologia tradicional, muito discutível neste caso).

Esses tipos de famílias são um fato, o qual será mais frequente no futuro. Tem origem e características muito distintas, não formando uma unidade; no entanto, são uma realidade:

Casais homossexuais que têm filhos procedentes de um casamento anterior: filhos biológicos de um homossexual que teve filhos em um relacionamento heterossexual anterior, convivendo agora com outro homossexual.

Pessoa homossexual (um só pai ou uma só mãe), normalmente mulheres lésbicas que têm filhos procedentes de relações heterossexuais: filhos biológicos em uma relação monoparental com uma mãe lésbica (ou mais excepcionalmente, um pai), com ou sem relações com seu pai biológico do qual sua mãe tenha se separado ou que nunca esteve unida.

Mulheres lésbicas que, por meio da reprodução artificial ou inseminação artificial, têm filhos biológicos e que criam uma família monoparental.

Casais de mulheres lésbicas em que uma delas ou as duas têm filhos biológicos por meio de reprodução assistida ou inseminação artificial.

Mulheres lésbicas que, enquanto solteiras, adotaram crianças por parte de uma delas ou das duas, crianças essas que foram adotadas na condição de mulher solteira.(...)

De certo modo, muito embora com especificidades evidentes e muito mais problemas sociais, essas crianças podem compartilhar aspectos dos que eram considerados filhos ilegítimos.

Nós, os profissionais, não podemos trabalhar com preconceitos e deixar de lado meninos e as meninas oriundos de famílias que não sejam consideradas convencionais.

Essas famílias devem ser aceitas e regulamentadas socialmente; reconhecidas e apoiadas como as demais.

Ainda, com ROUDINESCO:

Estima-se atualmente que 10% dos homossexuais americanos e canadenses estão na categoria dos pais gays e lésbicos, seja porque vivem com um companheiro do mesmo sexo depois de se terem separado da mãe ou do pai de seus filhos; seja porque adotaram filhos com a ajuda da IAD ou de mães de aluguel; seja ainda porque recorreram a inseminações espontâneas entre um pai e uma mãe homossexuais, cada um vivendo com um companheiro ou companheira do mesmo sexo, o filho sendo então criado por quatro pessoas. Isso significa que existem no continente americano de 1 a 5 milhões de mães lésbicas, de 1 a 3 milhões de pais gays e de 6 a 14 milhões de crianças criadas por pais homossexuais. Os primeiros nascimentos remontam a 1965, e conheceram um boom em 1980. Cf. D. Julien, M. Dube e I. Gagnon. "Le développement des parents homosexuels comparé à celui des parents hétérosexuels", *Revue Québécoise de Psychologie* 15, vol. III, 1994.

Por toda a Europa, a homoparentalidade está em vias de se tornar um fato social. É a Stéphane Nadaud que devemos o primeiro levantamento francês desse gênero, realizado em 1999 junto a 190 pais, membros da Associação dos Pais e dos Futuros pais Gays e Lésbicos (APGL)'.  
(...)

A união entre homossexuais é realidade, cada vez mais presente – mesmo que assustadoramente a alguns -, que gera direitos a serem tutelados, e pessoas humanas a serem trazidas das sombras do preconceito à luz do direito, à realidade da vida normatizada - como refere FERNANDA LOURO FIGUERAS:

Na seara da sexualidade, é manifesta a discriminação dos indivíduos com opção sexual diversa da heterossexual, que se encontram, inclusive, legalmente marginalizados, porque inexistente regramento jurídico específico para tutelar os direitos e deveres advindos das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Não reconhecer, dessarte, como entidade familiar, a união entre homossexuais – como se pretende, em sede de resposta -, desde que estável, é renegar a condição de os que se unem motivados pela (homo)afetividade como cidadãos propriamente, pois que se impõe óbice, via desarrazoado preconceito, ao direito de os homossexuais (também) desfrutarem dos mais básicos direito, em flagrante contrariedade à exigência contemporânea de assegurar o direito de todos (indistintamente) à cidadania – direito de os homens terem direitos – e a inclusão dos então excluídos/minorias, pois o princípio da solidariedade social e a necessidade de proteção dos mais vulneráveis proíbem, sem dúvida, qualquer forma de discriminação injustificada, preconceito ou intolerância.

Nessa senda, diferença nenhuma há (de haver), perante o Estado, entre os homo e os heterossexuais, pois que todos têm os mesmos deveres e (deveriam ter os mesmos) direitos.

A verdade é que nenhum ser humano, via de regra, vive e cresce (como pessoa) sem o outro.

Alguns unem-se a pessoas de sexo diferenciado; outras, a de mesmo sexo.

É a natureza - a qual não se pretende explicar.

E até porque, de há muito, já se superou a leitura (com ou sem críticas) de que se esteja em face de doença ou situação patológica.

ROUDINESCO:

Em 1974, sob a pressão dos movimentos gays e lésbicos, a American Psychiatric Association (APA) decidiu, após um referendo, retirar a homossexualidade da lista de doenças mentais, rebatizadas “desordens mentais” pelo Manual diagnóstico e estatísticas dos distúrbios mentais (DSM). O episódio dessa desclassificação rocambolesca foi um dos grandes escândalos da história da psiquiatria. Demonstrava em todo o caso a pertinência das críticas dirigidas há tantos anos a uma disciplina que tendia a se tornar a empregada faz-tudo dos laboratórios farmacêuticos. Em função de não saber definir cientificamente a natureza da homossexualidade, a comunidade psiquiátrica americana de fato cedeu, de forma demagógica, à pressão da opinião pública ao organizar uma eleição acerca de um problema que não deriva em nada, como todos verão, de um decisão eleitora. Treze anos mais tarde, em 1987, sem a menor discussão teórica, a APA sumiu com a palavra “perversão” da terminologia psiquiátrica mundial para substituí-la por esta, ridícula, “parafilia”, capaz de diluir a própria noção de homossexualidade.

Aliás, a 'normal' divisão entre homens e mulheres tem de ser adequadamente superada, para que, de uma sonhada isonomia entre os seres humanos, emerja uma democracia comprometida com a complexidade da natureza.

Nesse sentido, o entendimento de PAULO RONEY ÁVILA FAGUNDES:

Para a consolidação do processo civilizatório não se pode falar mais em homens e mulheres, mas, sim, em seres humanos. A família tem de se despir de sua estrutura arcaica, que se reduz à expressão dos valores patriarcais do Estado tradicional. Sobretudo, deve-se ter em conta seres humanos que respeitem os seus semelhantes e que vivam em harmonia com a natureza.

Em apertada síntese, em face do dever de todo o cidadão e do Estado de não albergar/efetivar preconceito/diferenciações injustificáveis e desarrazoadas de qualquer origem, e por

ser da natureza que as espécies, via de regra, não vivam solitas, não de ser reconhecidos os efeitos jurídicos inerentes às relações entre pessoas humanas do mesmo gênero.

Isso tudo com abalçamento constitucional, especialmente, como expõe MARILENE SILVEIRA GUIMARÃES:

O reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homossexuais vem alicerçado na Constituição Federal, que estabelece entre os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade livre e solidária, erradicando a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação com fundamento no princípio da prevalência dos direitos humanos.

A boa doutrina e a moderna jurisprudência, consoante os dispositivos constitucionais, procuram evitar qualquer forma de marginalização do ser humano, seja pela orientação sexual, raça gênero, idade e condição financeira. Todo o contingente de operadores do direito tem inoculado em si o germe da constante revisão do direito posto frente à evolução do fato social. Trata-se de reformadores sensíveis à realidade, despojados de preconceito e prenhes de sentimento de justiça e respeito ao semelhante. No entanto, a sociedade não é composta apenas de reformadores. Boa parte dos operadores do direito também são conservadores e pretendem, equivocadamente, regulamentar sentimentos. Iludem-se narcisicamente, pensando que ao aprisionar o fato social estarão estabelecendo o rumo da história da humanidade.

Não é outro o entendimento de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, ao asseverar que a ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação.

Flagrante, enfim, o preconceito do Legislador ao se valer da expressão “entre homens e mulheres”, ao se referir às uniões estáveis.

E, reafirme-se, o preconceito, sob qualquer forma, é vedado pelo ordenamento.

Por isso, flagrante a violação aos preceitos constitucionais de texto que legifera o preconceito, até pois que de encontro ao conceito de Justiça.

Hão de ser resguardados por este Juízo - no flagrante avilte, por parte do legislador, a toda a gama de direitos personalíssimos inerente à pessoa humana - tais direitos.

Com o velho cançãoeiro do rock nacional, LULU SANTOS (Toda forma de amor):

Eu não pedi pra nascer  
 Eu não nasci pra perder  
 Nem vou sobrar de vítima  
 Das circunstâncias  
 Eu tô plugado na vida  
 Eu tô curando a ferida  
 Às vezes eu me sinto  
 Uma mola encolhida  
 Você é bem como eu  
 Conhece o que é ser assim  
 Só que dessa história  
 Ninguém sabe o fim  
 Você não leva pra casa  
 E só traz o que quer  
 Eu sou teu homem  
 Você é minha mulher  
 E a gente vive junto  
 E a gente se dá bem

Não desejamos mal a quase ninguém  
 E a gente vai à luta  
 E conhece a dor  
 Consideramos justa toda forma de amor.

Prossigo, avaliando a necessidade do labor hermenêutico no tema.

#### I .C. - O LEGADO LIBERAL DA LEGALIDADE X A INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA – LACUNA DO DIREITO - A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

Na esfera jurídica do liberalismo clássico, sabe-se, tinha-se a codificação civil como o núcleo do sistema normativo, havida como sorte e paradigma de ‘Constituição Privada’.

Isso sem mencionar o fetichismo sobre o direito posto.

Afinal, a Lei, lembre-se, fora a maior conquista da primeira forma de Estado de Direito. Servia ela como limite ao Absolutismo Monárquico; servia ela, pois, com tal intensidade, àquela época.

A família, então, voltava-se a atender precipuamente os interesses políticos, religiosos e patrimoniais, consagrados expressamente nas codificações liberais. Aliás, o próprio homem e sua dignidade eram postos à margem do sistema então vigente, pois que era ele tutelado pelo Direito ou como contratante ou como proprietário, dentro do universo limitado dos direitos ditos de primeira geração.

Isso porquanto a liberdade, defendida tão bravamente por os franceses de 1789, fora compreendida - nesse primeiro momento pós-revolução, momento do pipocar fetichista das codificações -, estimo, segundo o enfoque econômico.

Passa-se o tempo, e o ser humano propriamente (não mais o contratante ou o proprietário) passa a ser encarado como centro do ordenamento jurídico.

Todavia, tal ordenamento mostrava-se fragmentado e esparso (e a obediência cega e despida de valores da lei já ensejou períodos de negras lembranças na História, além de empobrecer consideravelmente a prática do direito).

Emerge, então, a Constituição – albergados os valores sociais e os princípios norteadores do Direito – como meio de unificação, de centralização de todo esse esparso ordenamento jurídico.

E é exatamente neste íterim que os direitos das famílias ganham relevância (foros de matéria constitucional, inclusive), restando, enfim, inseridos em nova ordem pública/constitucional.

Desse modo, ganham relevância os princípios assegurados na esfera constitucional acerca dos direitos das famílias, mas desde que em conformidade às garantias individuais.

Nessa trilha, o referido culto fetichista ao direito posto não pode se sobrepor aos princípios constitucionais e à realidade, como aponta LUIZ EDSON FACHIN:

[...] o Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual ‘o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se em face de uma realidade mais palpante. Esta é a razão pela qual, no reconhecimento que emerge da própria magistratura, ‘não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito’.

Mas mais, não pode o operador do direito se esconder atrás da letra morta de determinados dispositivos – OU MESMO À INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL; tal letra morta não pode servir como barreira à evolução do Direito - e da sociedade, enfim.

Nesse sentido, razão assiste à genitora de J.V., pois que, efetivamente, não há dispositivo legal expresso – regrinha - que venha a caracterizar a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável ou entidade familiar – vedada, em consequência, a adoção -, como sustentado, aguerridamente, pelo combativo Defensor Público, o e. Dr. Carlos Escobar.

Autorização não resta contida literalmente em determinado artigo de determinada lei, como os aduladores do direito legislado exigiriam.

Tal autorização resta expressa na inteligência que se faz considerando o ordenamento jurídico tupiniquim como um sistema aberto, que se funda, primeira e fundamentalmente, em uma exegese sistemática, principiológica e constitucional, mui especialmente fulcrada, na espécie, nos princípios da liberdade sexual, dignidade da pessoa humana, na não-discriminação, solidariedade e igualdade.

Há de ser considerado o que resta expresso na Constituição e o que dela deflui: o direito pressuposto.

Nesse ínterim, dá-se o dizer de ADAUTO SUANNES:

Como diz BARRACHO, ‘a interpretação dos dispositivos constitucionais requer por parte do intérprete ou aplicador particular sensibilidade que permita captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos. Sendo aceito que uma Constituição, mais do que apensa a um conjunto de normas, é um conjunto de princípios, aos quais devam afeiçoar-se as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência interna, a conclusão somente pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio Constitucional, há de prevalecer o princípio.

E até porque o sistema que se tem, hoje, como o adequado e afinado aos valores constitucionais, é o de, retome-se, um sistema aberto, com suas lacunas fundamentadamente preenchidas pelo intérprete:

O direito como processo absolutamente empírico e naturalista está superado. As mais diversas áreas de seu estudo estão progredindo cada vez mais para acrescentar valores e possibilidade de argumentação em cada processo e até mesmo conceito da ciência jurídica. Os conceitos têm-se flexibilizado para poder trabalhar paradigmas humanos e acrescentar carga valorativa a seu processo de aplicação.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico não mais significa verdade absoluta de um sistema fechado, até porque, [...] algumas características suas, indeclináveis, impendem-no de contar com essa exatidão. Encarar o direito como sistema aberto, que permite a analogia, a comparação, a absorção de características próprias da sociedade cultural implica dar maior relevo à atividade argumentativa, que demonstra dentre varias soluções possíveis para uma lide, uma mais razoável. Assim, o ordenamento jurídico não é posto de lado, mas encarado como fator orientador e limitador de uma atividade argumentativa que se inicia com aquele que pleiteia a aplicação da norma e termina com aquele que a decide, todos em um grande processo comunicativo.

O Estado hoje presta-se a promover o bem de todos (CRFB 3º, IV).

Ademais, é inaceitável pretensão – admitida somente quando emana do legislador, com sua cada dia mais explícita crise de legitimidade; não do operador jurídico, ainda menos do guardador de promessas que se cristaliza no magistrado – acreditar que a norma legislada, por si só, venha a alterar a realidade fática.

Nessa trilha, desimporta a literalidade da lei, quando essa vai de encontro à realidade vivenciada pelos cidadãos e aos princípios do direito.

Nesse contexto, incumbe (mais uma vez) à jurisprudência completar as lacunas deixadas pelo legislador, como refere FERNANDA LOURO FIGUEIRAS:

Silente a lei, coube ao Judiciário o papel de preencher tais lacunas, reconhecendo juridicamente as conseqüências advindas destas uniões, que, sem sombra de dúvida, constituem verdadeiras entidades familiares, permeadas pelo respeito mútuo, fidelidade, convivência pública, contínua e duradoura com a conjugação de esforços ou recursos para lograr fins comuns.

E, nesse viés, a doutrina noticia sobre a exegese que haverá de ser levada a efeito:

[...] renovadores julgados vêm se manifestando pela possibilidade de se atribuir direitos próprios dos companheiros aos homossexuais, que outra coisa não são. Neste sentido, já se reconheceu aos homossexuais o direito de receber pensão por morte de companheiro, desde que comprovada a existência de vida comum.

O que se intenta, assim, é tanto aplicar a Constituição quanto integrar o ordenamento, mesmo que, em uma visão desatenta ou superficial, se possa afirmar que se está a açoiar o ordenamento legislado, apartando-se do tradicional papel do Magistrado, o que, entretanto, não tenho como acatar.

Ponho-me, nessa trilha, a interpretar a situação e seu relacionamento com o ordenamento – em sua completude -, com a certeza de que não se há falar em interpretações certas ou erradas.

Assim, não se há como admitir que alguém que viva com outra pessoa, dividindo as alegrias e os dissabores da vida, não encontre, no ordenamento, proteção a seu afeto, unicamente porque o legislador nacional não teve a ousadia de se opor a padrões religiosos não mais plenamente vigentes.

Na ausência de dispositivo legal a prever a hipótese versada, está-se frente, portanto, a uma lacuna.

Não lacuna da lei.

Está-se em face, isto sim, de uma lacuna do Direito.

Com LÊNIO, convencido estou que pode-se afirmar que uma lei considerada como justa pelo intérprete ou aplicador aparece sempre como um texto normativo claro. Por outro lado, um dispositivo de uma lei, entendido como injusto, aparece sempre aos olhos do intérprete ou do aplicador como obscuro e, às vezes, a questão é enquadrada como um caso de ausência legislativa, enfim, uma lacuna. Numa palavra: a lei é clara – e portanto, está-se diante de uma ausência de lacuna – somente e quando nos colocamos de acordo com o seu sentido!

Para adequada análise da situação entelada, em momento posterior à plena aplicação da Constituição, mister se construa argumentação com suporte no critério exegético analógico, a fim de que se alcance solução que, perpassando a aplicação silogística e simplória do direito legislado, alcance solução adequada à preservação/efetivação da dignidade das pessoas envolvidas na espécie, sem que, por certo, exista impossibilidade técnica de seu aplicar.

Acerca do meio de interpretação extratextual, a lição de BOBBIO atrai reprodução:

A jurisprudência tradicional havia conservado sua tarefa: tornar claro o conteúdo das normas jurídicas postas pelo legislador, e integrar o ordenamento jurídico no caso em que este apresentasse lacunas. Vimos (cf. § 54) que o positivismo jurídico admite a existência das lacunas compreendidas em certo sentido como formulação incompleta da vontade do legislador. Assim ele admite, além da interpretação em sentido estrito, a integração do direito por parte da jurisprudência, destacando, no entanto, que tal integração não é uma atividade qualitativamente diferente da interpretação (não é, portanto, uma atividade criativa), mas, ao contrário, é uma species particular do genus interpretação. Neste sentido se fala de interpretação integrativa, para indicar que a integração ocorre no interior do ordenamento, com meios predispostos pelo próprio ordenamento (auto-integração). Com a interpretação integrativa estende-se a casos não

expressamente previstos a mesma disciplina estabelecida por uma norma que prevê casos similares.

Finalizo com PAULO LÔBO:

União homoafetiva é tutelada por regime jurídico próprio, como entidade familiar autônoma. A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 da Constituição são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Não há necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais ou homoafetivas são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. O efeito prático é o mesmo, mas preservando-se suas autonomias e singularidades.

Assim, forte na circunstância de que a Constituição banuiu o casamento como a exclusiva moldura de família, bem como escudado no entendimento de o que se cuida de família hoje, tendo como base normativa a principiologia constitucional da liberdade (inclusive de orientação sexual), da não-discriminação, da igualdade e da solidariedade. mister é reconhecer que a relação formada por C. e C. representa entidade familiar.

Assim, viabilizada, em tese, sua alocação no pólo ativo da ação de adoção.

Avanço, avaliando se o melhor interesse de J. V. será atendido com o rearranjo de sua (legal) filiação (já que a afetiva está posta no Mundo dos Fatos, aguardando somente ser catapultada ao Mundo do Direito).

#### I I – CASO CONCRETO E EXAME DA HOMOPARENTALIDADE: MITOS, MEDOS, DÚVIDAS E (IN)CERTEZAS

Formou-se o processo com ampla prova – direta e emprestada.

E toda a verdade formada no feito aponta à senda de que é junto à Família dos Autores que J.V. encontra solo fértil a um crescimento hígido.

Vejam.

Por primeiro, evidentemente, a manifestação da equipe técnica deste Juizado, iniciando-se por o estudo social efetivado na residência dos adotantes (fls. 108-9) do qual extraio:

(...)

Chama os autores de pai e demonstra ser bem afetivo com eles.

Os autores vivem em união estável (sic) há 14 anos e há 02 anos que registram esta união. (...) Querem regularizar a situação do menino para colocá-lo como dependente em planos de saúde. (...) A Sra. Delourdes, mãe do padrinho, chorou contando como o menino estava na oportunidade que fora entregue à família. Demonstra ter muito amor para com o infante.

(...)

O infante demonstra bem adaptado com a família que o acolheu. Nosso parecer é de a adoção trará reais vantagens para o infante.

Não percorre outra trilha a avaliação psicológica efetivada na espécie (fls. 110-1).

Destaco:

O menino chama o padrinho e o companheiro de pai. Aparentemente não apresenta conflito com relação à diferente configuração familiar. Mostra-se uma criança educada, velando grande vínculo afetivo com os padrinhos. (...)

O garoto está aos cuidados dos padrinhos há longa data. A mãe é pouco presente na vida de J.V. Não foi localizada para comparecer à entrevista. As outras duas filhas estão na guarda da tia paterna.

Os padrinhos tem oportunizado a J.V. condições emocionais e materiais para um bom desenvolvimento, sendo eles seu modelo paterno.

Opina-se favoravelmente à destituição do poder familiar da mãe e da adoção do menino pelo Sr. C. (observo que, à época da realização da avaliação, a emenda à inicial, com inclusão do companheiro do padrinho C. no pólo ativo, C., não fora ainda recebida, não sendo, pois, de ciência da profissional a – adequada - cumulação subjetiva ativa efetivada na espécie).

A prova documental ratifica os estudos técnicos.

A Diretora da Escola em que J.V. estuda (fl. 148) ressalta ser o guri uma criança alegre, extrovertida e de fácil relacionamento com colegas e professora, tratando-se de uma criança segura, que provem de um lar cercado de harmonia, respeito e amor, fato este percebido pela conduta de J. na escola.

Seus pais, C. e C., estão sempre presentes em todos os acontecimentos da escola, o que transmite a J. segurança e uma aprendizagem tranquila (...).

Por todos esses pequenos detalhes, mas fundamentais para um bom desenvolvimento infantil em todos os aspectos: psicológico, cognitivo, afetivo, J. é uma criança feliz!

Sua Professora Carmen documenta que, na hora do sono, J. V. chama o pai, reafirmando o vínculo presente (fl. 161).

Ainda que não professe o subscritor a doutrina católica – mas que respeito, por coerência e filosofia -, propiciam os autores formação espiritual ao menino (fl. 166), com, inclusive, padrinho e madrinha.

Ademais, a farta documentação acostada dá conta dos iterativos cuidados com a saúde da criança – medicação contínua, internações e atenção diferenciada (f. 174, e.g., dentre tantas) -, o que corrobora o abandono promovido por sua genitora.

A prova testemunhal dá igualmente guarida à pretensão.

Gilsilene Alves, pedagoga e Diretora da Escola Borges de Medeiros, nas fls. 193-196, ratifica e amplia o que antes firmara, confirmando o que é sabido, ou seja, que é na escola que a criança, (...) às vezes revela o que tá acontecendo dentro do lar. Hiperatividade, agressividade, vários tipos de coisas que a criança vem a mostrar dentro da escola, e o J.V. é uma criança super tranquila, nunca teve problema nenhum. Uma criança normal como qualquer outra, sabe? Muito tranquila mesmo, que dá para perceber que existe uma estrutura maravilhosa familiar.

Deu conta, ainda, que a criança, desde que ingressou na escola, sempre teve uma parceria muito grande da família, dos pais, porque nem todas as crianças a gente tem essa parceria, mas ele teve.

Narrou, em relação à comunidade escolar, C. e C. são vistos muito bem (...), sempre participam de todas as festas que a gente tem (...) eles participam sempre, de tudo, e não existe preconceito ou qualquer tipo de comentários nenhum, muito pelo contrário, tem pessoas que chegam a dizer assim, meu Deus, porque (...) existe família que tem pai e a mãe certinha ali e não é tão bem estruturada como o C. e o C.

Por fim, informou – dando suporte ao abandono a que submetida a criança por aquela que o gerou - que a mãe nunca esteve na escola.

Elisabete, vizinha dos autores, testemunhou (fls. 196-198v) que eles são vistos, na comunidade, como uma família, junto com J. V., bem como que são respeitados.

Ondina, nas fls. 198V a 201v, testemunhou que a criança, quando chegou à casa dos autores, estava doente, muito doente, confirmando a prova emprestada trazida ao feito.

Apontou, outrossim, que C., C. e J.V. são reconhecidos como uma família e são muito respeitados, muito queridos.

Demonstrou, ao pontuar que o guri estuda na escolinha com a minha netinha, são muito amigos os dois, estão sempre juntos e a gente até, eu disse pra minha neta ganhei um futuro neto agora, que o mito de que pais homossexuais formem pequenos homossexuais não é, a par de nada científico, por todos cultivado – e Dona Ondina conta sessenta anos, observo.

E, aqui, enfrento e afasto esse mito – matéria igualmente de defesa, como se vê da manifestação final de fl. 230 -, com a transcrição de balizada doutrina espanhola:

“É fundamental ou necessário ter um pai ou uma mãe para adquirir a identidade sexual de forma correta? A resposta é “não”. Vejamos alguns argumentos:

Os estudos sobre os meninos e meninas que são criados por pais homossexuais não encontraram esse tipo de problema. Esses meninos ou essas meninas sabem que são meninos e meninas, sem dúvida nenhuma, independentemente do sexo de seus pais. Isso assim ocorre porque a identidade social é um conceito mental sobre o cérebro a que está ligada, a partir do conhecimento de que existem dois tipos ou classes de pessoas: homens e mulheres, meninos e outras meninas. Dessa forma, se um menino é criado por duas mulheres, não significa que não saiba que ele é distinto, que é um menino, que tem “pinto”, que será homem. Certamente que o conhecimento de outros meninos e meninas, outras mulheres e outros homens lhe dará a oportunidade de fazer um juízo adequado.

Entretanto há outra prova que todos podem entender: os filhos de mães solteiras, os que foram criados desde muito pequenos por sua mãe viúva ou pai viúvo, os criados por avó ou os adotados por mães solteiras. Eles tampouco têm um pai e uma mãe, mas sim uma mãe ou um pai apenas (às vezes são criados entre várias mulheres; por exemplo, a mãe, a avó), e então teriam um problema na aquisição da identidade de fosse correto esse temor. Todos sabem que isso não é certo, porque muitas crianças receberam esse tipo de criação ao longo dos anos.(...)

Prossegue SÁNCHEZ, com a visão que tenho como irretocável:

... parece-nos muito mais importante que, independentemente do sexo dos pais ou das mães, possam se identificar com eles enquanto pessoas valiosas e admiráveis. Dito de outra forma, os adultos precisam que as crianças encontrem neles modelos de valores humanos fundamentais:

Meus pais ou minhas mães, ou meu pai e minha mãe, são pessoas que me amam e que eu amo, são valiosas; elas me ensinam que vale a pena viver, trabalhar, ser honesto, defender minha dignidade e a dos outros, ser justo, defender a liberdade, amar.(...)

Aqueles que utilizam o argumento do processo de identificação para se negar a aceitar os casais homossexuais ou a adoção por parte deles, devem levar em conta que:

Sua postura deveria os levar a criticar toda a estrutura familiar na qual não houvesse um pai e uma mãe (mães solteiras, viúvas, viúvos, etc.) e tudo que isso significasse em nossa sociedade.

Também teriam que se opor à adoção por parte de pessoas solteiras. Teriam que oferecer dados científicos que provassem para a sociedade que para se socializar é fundamental ou imprescindível ter pai e mãe (tais dados inexistem).(...)

Verdade é que a estrutura convencional (um pai e uma mãe, especialmente com estreitas relações com toda a família) é muito adequada. Todavia, não é menos verdade que o núcleo essencial e imprescindível de uma estrutura familiar que permite um desenvolvimento adequado é a relação estabelecida entre o adulto que cuida de maneira eficaz e a criança cuidada, destacando-se o vínculo que essa criança firma com o adulto.(...)

Uma outra forma de fundamentar o quarto argumento é recorrer àqueles tipos de temores a respeito de supostos problemas emocionais ou sociais que teriam os filhos de famílias homoparentais.

Os estudos realizados até hoje apontam que temores dessa ordem também são infundados.

Apesar de muitos desses estudos não terem sido feitos sobre um número suficientes de indivíduos (isto é, poucos casos estudados) ou sobre grupos de famílias homoparentais suficientes, podemos, sim, dizer que é possível se desenvolver bem tanto emocional quanto socialmente em uma família homoparental.

Verdade é que essas investigações científicas nem sempre estão livres de preconceito de uma ou de outra ordem, mas, ainda assim, os dados são tranquilizadores: a partir deles não podemos justificar que os homossexuais não possam ter ou adotar crianças.

Os estudos parecem indicar que as crianças criadas por famílias com pais ou mães homossexuais têm um desenvolvimento emocional e social semelhante ao do resto da população. Portanto, se assim ocorre nos casos estudados (sejam eles mais ou menos representativos), significa que é possível uma socialização adequada dessas crianças, e que não é inerente às famílias homossexuais provocar danos emocionais e sociais relevantes.(...)

Devemos fazer distinções: fato é que existem homossexuais aos quais não se deveria confiar crianças em adoção pelo motivo de não serem idôneos ou por alguma outra razão, critério que deve ser adotado para todo o restante da população. Por exemplo, se sofrerem de desequilíbrios mentais ou de algum outro transtorno, isso seria motivo para negar a adoção, mas não pelo fato de “serem homossexuais”. Essa desqualificação significaria que teríamos de fazer o possível e o impossível para evitar que os homossexuais conseguissem cuidar de crianças por qualquer meio.

ZAMBRANO percorre mesma linha:

A ausência de pais dos dois sexos não parece ter nenhuma influência sobre o desenvolvimento da identidade sexual e o desenvolvimento psicológico geral das crianças, pois o modelo de identidade, tanto para um sexo quanto para o outro, está dado pela presença de outros adultos significativos (avós, professores, amigos dos pais/mães) e pela própria cultura (Flaks et al., 1995; Chan et al., 1998; Brewaeyts et al., 1997; Kirkpatrick et al., 1981; Golombok et al., 1997; Stacey, Biblarz, 2001).

As diferenças mais marcantes foram encontradas entre famílias bi-parentais — onde a criança é criada pelos dois pais/mães — e famílias monoparentais — onde a criação se dá por apenas um pai/mãe —, apontando para o fato de que, independente da orientação sexual ou sexo dos pais, é melhor para o desenvolvimento da criança que ela seja criada por mais de uma pessoa (Patterson, 1996; Golombok et al., 2002).

Ainda:

Em relação à identidade/orientação sexual das crianças, o estudo de Bailey et al. (1995) mostra que mais de 90% dos filhos adultos de pais gays se consideravam heterossexuais. Os autores concluem não haver evidência disponível com base empírica para que haja impedimento da custódia da criança para pais gays e mães lésbicas, usando como justificativa os efeitos na orientação sexual dos filhos já que a taxa de homossexualidade é a mesma das famílias heterossexuais (Stacey, Biblarz, 2001). O temor de que a orientação sexual dos filhos de homossexuais seja, também, homossexual,

além de não encontrar suporte nos resultados das pesquisas, demonstra que essa questão é, em si mesma, preconceituosa.

Vejamos outros medos e mitos que a genitora verbalizou – diretamente, à Magistrada (fl. 121), à Psicóloga Judiciária (fl. 134) e via seu combativo Defensor (fl. 230).

Recusou-se a dar consentimento à adoção pois que J.V. não é nada do C. nada, nada, entendeu? O J.V. é meu filho, registrado somente no meu nome.

Ainda, afirmou à Psicóloga Judiciária que, se a Justiça entender que no momento ela não apresenta condições, tem uma tia no estado de Santa Catarina, que poderá assumir provisoriamente os cuidados do menino.

Respeita-se a dicção de V., porque humana.

Apartada, entretanto, da visão moderna de parentesco.

Apartada da visão atual das funções de pai e mãe.

Apartada do sistema constitucional, que deu prevalência ao afeto em detrimento do sangue.

Quanto à afirmação de que J. V. não é nada de C., não é essa a verdade de seu filho.

O desejo da mãe não pode apagar uma realidade: os autores já são pais de J.V..

A paternidade socioafetiva já se acha consolidada.

A construção da paternidade socioafetiva é explanada por FACHIN, quando afirma que a verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes.

Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, “reside antes no serviço e amor que na procriação”.

E, emocionalmente, mostra-se deveras clara a paternidade exercida pelos autores.

No que diz com a pretensão da genitora de entrega do que trata como objeto (... o J.V. é meu filho, registrado somente no meu nome), basta se responda a – nada retórica - retórica questão:

O que prevalece?

O sangue?

Ou o afeto?

Alio-me, sem pestanejar, ao afeto.

Com o sistema constitucional, prepondo a afetividade.

E esta já está construída na nova Família que abraçou, acolheu, aninhou J.V.

Sangue, neste momento, não é nada para a criança:

Ao contrário dos adultos, as crianças só têm uma certa concepção psicológica de relacionamentos por laços de sangue bem mais tarde em seu desenvolvimento. Para os pais biológicos, o fato de terem gerado, concebido ou dado à luz uma criança produz um compreensível senso de propriedade e posse. Estas considerações nada representam para as crianças que, emocionalmente, não têm consciência dos acontecimentos que levaram a seu nascimento, o que se registra em suas mentes são os intercâmbios do dia-a-dia com os adultos que cuidam delas e que, em sua força, se tornam figuras de pai e mãe a quem estão ligadas.

Assim não fosse, as regras de estabilidade, previsibilidade e continuidade na manutenção de rotinas e vínculos de infantes, só por si, não recomendariam sua ida para Santa Catarina, lar da tia da genitora, sede do precioso sangue familiar – na leitura da mãe biológica -, sendo estas, ademais, outras diretrizes que recomendam a procedência das pretensões.

E, conduzindo-me ao fecho da presente decisão, abordo a dúvida exposta em sede de defesa: e o presente arranjo parental não trará problemas futuros a J. V.?

Ora, e quem poderá dizer?

E quem poderá assegurar o futuro de J.V.?

O que é possível afirmar é que as crianças podem desenvolver-se bem mesmo em contextos com alguns problemas. Não é o ideal, mas faz parte do curso da vida suportar certos problemas e dificuldades, resistir às suas influências perniciosas e viver com razoável bem-estar: os

filhos de classes sociais baixas, os filhos de famílias com dificuldades de uma u de outra ordem, etc. A vida perfeita e a família perfeita não existem. A vida sempre está ameaçada em algum nível e, lamentavelmente, é bastante comum passar por acontecimentos estressantes.

É evidente que tal contexto familiar demanda atenção.

Mas isso parece já estar sendo enfrentado seja pela rede social, seja pela escola – vide a prova oral nesse senso.

O que é certo é que, no que diz com o futuro de nossas crianças, não há certezas.

Não há garantias.

A vida não tem air-bag, já poetizava MARTHA MEDEIROS.

Até a idealização da tradicional família nuclear é questionada por especialistas.

O mito da insubstituibilidade de pai e mãe merece desconstrução.

Insubstituível é o amor.

Com GLEY COSTA:

A biologia não é suficiente para estabelecer um vínculo de amor entre a mãe e seu filho, o mesmo valendo para o pai. Da mesma forma, não é o sexo que capacita os pais para exercerem as funções indispensáveis ao desenvolvimento de uma criança. Uma terceira pessoa, independentemente do sexo, poderá substituir os pais nessa tarefa. Os pais, evidentemente, são fundamentais para o desenvolvimento e a formação dos filhos, mas a idéia de que são insubstituíveis constitui outro mito. Insubstituível é o amor, venha de onde vier. Este sim não pode faltar para uma criança sob pena de ela se tornar um corpo desabitado, um ser sem alma.

Das poucas certezas, uma delas é que uma infância plena de afeto supera os riscos de uma infância esvaziada por ausências – e a ausência da genitora de J. V. há de ser pronunciada.

Via de consequência, a juridicização do afeto construído nesse lar clama por funcionalização.

O reconhecimento oficial dessa Família urge seja proclamado.

Insta a inclusão social da Família formada por M., C. e J. V. – como mínimo que se espera de um Judiciário engajado e comprometido.

As pretensões, enfim, merecem albergio.

Isso posto, julgo procedentes os pedidos, para o fim de:

a) decretar a perda do poder familiar de V.M.T. em face de J.V.M.T.;

b) deferir a adoção do infante aos requerentes, determinando o cancelamento do registro original e a abertura de um novo, neste constando que o infante é filho de C.M.S. E C.S., sem menção de pai e mãe. Da mesma forma, a relação com os avós, no registro civil, não explicitará a condição materna ou paterna, constando como avós D.M.S. E W.T.S., e O.P.S. E A.T.S.; e

c) ordenar que a criança passará a se chamar J.V.M.S.S..

Sem o proclamar de sucumbência - ECA141.

Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito, mandado ao Registro.

Nesta Santa Maria da Boca do Monte, lua crescente, vinte e nove de julho de dois mil e nove.

Rafael Pagnon Cunha,  
Juiz de Direito Substituto.

**ANEXO H – Registro Civil de menor adotada por par homoafetivo**



