



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
LUÍSA DE MEDEIROS COLOMBI

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS:
POSSIBILIDADE APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL PELO STF**

Florianópolis

2011

LUÍSA DE MEDEIROS COLOMBI

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS:
POSSIBILIDADE APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL PELO STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Prof.^a Patrícia Fontanella, Msc.

Florianópolis

2011

LUÍSA DE MEDEIROS COLOMBI

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS:
POSSIBILIDADE APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL PELO STF**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 07 de novembro de 2011.

Prof^a e Orientadora Patrícia Fontanella, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: A POSSIBILIDADE APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL PELO STF

Declaro, para todos os fins de direito, 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 o Orientador 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, 07 de novembro de 2011.

LUÍSA DE MEDEIROS COLOMBI

Aos meus queridos pais, Mary e Eugênio, por me proporcionarem todo o amor e carinho necessários, durante toda a minha vida, e ao meu namorado Pedro, pelo apoio e atenção recebidos durante esta etapa.

“And in the end, the love you take is equal to the love you make.” (The Beatles)

RESUMO

O tema do presente trabalho versa sobre a esfera do direito de família, com especial enfoque no campo da adoção, quando a medida é peticionada por casais homossexuais. A possibilidade de deferimento do instituto a pessoas de mesmo sexo ainda não encontra consonância na seara jurídica do país, vez que o campo legislativo continua sem regulamentar este vínculo afetivo, tampouco a possibilidade dessas adotarem. Contudo, a união homoafetiva foi recentemente reconhecida como entidade familiar pelo Poder Judiciário, trazendo mudanças a respeito do assunto em apreço. Pela pesquisa, analisando o contexto da família contemporânea, a adoção em todos os seus aspectos, e a possibilidade da medida numa união homoafetiva na doutrina e jurisprudência, conclui-se que o deferimento é plenamente cabível para este tipo de relação, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, desde que o instituto apresente reais vantagens ao adotado.

Palavras-chave: Adoção. União homoafetiva. Possibilidade. Entidade familiar. In(constitucionalidade).

ABSTRACT

The theme of this essay belongs to the family law area, focusing in the adoption issue, when applicated by homosexual couples. The possibility of the deferment between people of the same sex still doesn't have consonance on the legal line of the country, once the legislative keep not regulating the affection bond, even less the possibility of adoption. However, the homoafective union was recently recognized by the Judiciary like a family entity, bringing changes about the subject in question. In this context, we have as center of this essay, verify if the indeferment of the adoption by the homoaffection couples doesn't contradicts the constitucional principles, even when the Superior Federal Tribune recognized the homosexual union as a steady union. Analyzing the family context based on current reality, the adoption institute, and its elements, and the possibility of adoption by the homosexual couples, is based on the current doctrine and jurisprudence knowledge about it, the research concludes that the deferment is completely appropriate, grounding in the constitutional principles of equality and dignity of the human person, inasmuch as that the adoption presents real advantages to the adopted.

Keywords: Adoption. Homoafective union. Possibility. Family entity. (Un)constitutionality.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CID – Classificação Internacional de Doenças

CNA – Cadastro Nacional de Adoção

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

OAB – Organização dos Advogados do Brasil

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PGR – Procuradoria Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 FAMÍLIA BRASILEIRA NA PÓS-MODERNIDADE	12
2.1 CONTEXTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
2.2 PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DAS FAMÍLIAS	16
2.3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA	23
3 DA ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	31
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: BREVE EXAME	32
3.2 CONCEITO NA ATUALIDADE	35
3.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	36
3.4 REQUISITOS PARA ADOÇÃO	38
3.4.1 Referente aos adotantes	38
3.4.2 Referente aos adotados	40
3.4.3 Demais condições para adoção	41
3.5 COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO	42
3.6 CONSEQUÊNCIAS DO ATO	43
3.7 MODALIDADES DE ADOÇÃO	45
4 DA (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	48
4.1 NATUREZA JURÍDICA	49
4.1.1 Direito obrigacional	50
4.1.2 Direito de família	52
4.2 INOVAÇÃO PELA DECISÃO DO STF	56
4.3 RELEITURA DO PARÁGRAFO 2º DO ART. 42 DO ECA	59
4.3.1 Do princípio do melhor interesse	62
4.3.2 Do efeito psicológico	66
4.4 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIAS ATUAIS	69
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal tema o direito de família, com especial foco no âmbito da filiação e da orientação sexual, ao versar sobre a adoção por casais homoafetivos.

A família, sendo considerada a base da sociedade, tem importante papel no desenvolvimento desta, vindo a formar a personalidade e caráter de todos os indivíduos, razão pela qual merece particular atenção do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta esfera, verifica-se, contudo, que muitas situações da realidade atual não estão sendo tuteladas, vez que o direito encontra-se omissos em acompanhar algumas relações afetivas, acrescidas ou destacadas pela transformação natural no pensamento, na cultura, nas crenças e no comportamento da população, no tempo.

A omissão de regularização acerca de uma situação já consolidada no campo fático torna aqueles que dela participam seres marginais da sociedade, ignorados e discriminados pelo meio jurídico, e, portanto, afastados de seus direitos, ato este vedado pela Carta Magna, a qual preza pela igualdade e proíbe o preconceito. No século passado, estes indivíduos eram as mulheres, depois as concubinas, e, hoje, os homossexuais.

Homens e mulheres que compartilham suas vidas sob o mesmo teto com pessoas do mesmo sexo, tendo com eles uma convivência afetiva duradoura e estável, com intuito de constituir família, nos mesmos moldes de qualquer casal heterossexual, têm seus direitos negados, por simplesmente não se encaixarem nos padrões já estereotipados pela sociedade, resultado de séculos de influências religiosas e preconceitos causados por mitos divagados sobre tema, sem que a questão fosse, de fato, analisada mais profundamente.

Ao mesmo tempo, milhares de crianças nascem neste país, sem ter genitores que lhes possam prover, ou mesmo queiram fornecer, o mínimo digno para que tenham uma criação sadia, perdendo, muitas vezes, os poderes pátrios sobre seus filhos, os quais vão, conseqüentemente, parar na adoção. Neste contexto, verifica-se que tais crianças e adolescentes também se encontram na beira da sociedade, visto que muitos esperam anos e anos para serem cuidados por uma nova família, e não conseguem ser adotados.

Entre os muitos fatores para tanto, encontra-se a obstrução

discriminatória do judiciário e a omissão do legislativo, no tocante à possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Diante da ausência de legislação acerca do tema, muitos magistrados deixam de deferir a adoção para pares do mesmo sexo, por convicções pessoais, de cunho religioso, ou por puro preconceito, abrindo a lacuna para que crianças que poderiam ter uma vida plenamente feliz e saudável, continuem a viver em abrigos.

Com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da união homoafetiva como união estável, todavia, a questão é ressaltada, tendo em vista que a Corte mais alta do Judiciário passou a entender que os casais homoafetivos são, sim, uma entidade familiar, sendo lhes devidos todos os direitos decorrentes desta relação. Salienta-se, no entanto, que na esfera da adoção, o assunto continua inerte, de modo que cabe apenas aos tribunais decidirem sobre o tema.

Deste pano de fundo surge, portanto, a questão-problema da pesquisa aqui presente: se a união homoafetiva foi considerada entidade familiar pelo STF, qual o óbice legal esta teria para adotar uma criança ou adolescente? Nesta trilha, o estudo busca verificar se o julgador, ao indeferir a adoção a um casal homoafetivo plenamente habilitado para a medida, veda preceitos fundamentais, em virtude da discriminação da decisão, baseada apenas na orientação sexual.

No tocante ao procedimento metodológico aplicado para a realização deste trabalho, constata-se o método de abordagem dedutivo, e procedimento monográfico, sendo exposto o tema em apreço do modo mais abrangente ao mais específico. Ainda, em relação à investigação, esta se baseará na técnica de pesquisa bibliográfica, com utilização da legislação atual, da opinião doutrinária, e dos julgados dos tribunais brasileiros.

O trabalho foi separado em capítulos, aprofundando-se de forma gradual, para melhor entendimento e compreensão do tema proposto.

O segundo capítulo visa ao estudo da caracterização atual da família no ordenamento jurídico, estruturada no contexto histórico, na principiologia constitucional, nos conceitos dos diferentes tipos de entidade familiar, com especial enfoque na família homoafetiva.

Nesta ordem, após estudados os pilares básicos de sustentação do direito de família, bem como a origem e evolução da família homoafetiva na sociedade e no direito contemporâneo, o terceiro capítulo consiste na investigação da adoção no Brasil, relatando como se deu seu desenvolvimento histórico, seu

conceito na atualidade, seus requisitos, procedimentos, e efeitos jurídicos, bem como suas modalidades, incluindo, aqui, a adoção por pares do mesmo sexo.

O quarto capítulo versa sobre o ponto central do presente trabalho, tendo como base o estudo da possibilidade de adoção por pares homoafetivos na atualidade, auxiliado na interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pautada nas leis relativas ao instituto da adoção, e no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF.

No último capítulo, são demonstradas as conclusões obtidas pelo estudo do assunto apresentado, no tocante à possibilidade ou não de deferimento à adoção homoafetiva aos casais homossexuais.

2 FAMÍLIA BRASILEIRA NA PÓS-MODERNIDADE

O conceito de pós-modernidade familiar é definido por Águida Arruda Barbosa¹ como sendo aquela decorrente do fim do poder patriarcal, fundada no princípio da igualdade, e legitimada a partir da presença do vínculo afetivo e da valorização da individualidade de cada membro da família, bem como de sua função na entidade.

É sabido que em tempos não tão remotos, mais precisamente no Código Civil de 1916, a instituição familiar estribava-se somente no poder paterno ou marital, com algumas pequenas restrições.² O ordenamento jurídico não previa igualdade de direitos entre os sexos, sendo que a mulher cuidava apenas das tarefas domésticas, enquanto o homem era quem tomava as decisões e representava a relação afetiva.³

Além disso, o intervencionismo estatal instituía o casamento como único modelo de conduta familiar que mereceria a proteção do Estado.⁴ Pela influência da Igreja Católica e a forte carga moral do momento histórico vivido, as normas jurídicas brasileiras da época não muito se diferenciavam dos regramentos e condições impostos pela religião, mantendo a indissolubilidade da relação matrimonial e a distinção entre filhos frutos da união civil ou não, entre outros preceitos.⁵

Em 1945, contudo, no final da Segunda Guerra Mundial, os direitos subjetivos foram revigorados em todo o mundo, principalmente no tocante ao princípio da dignidade humana. Por esta razão, em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a “Declaração Universal” voltada aos direitos fundamentais do homem. Desde então, houve uma verdadeira revolução nos diversos ramos do direito, especialmente no que diz respeito à esfera familiar, com a inclusão de novos paradigmas e a quebra de “verdades absolutas”, tornando acessível, assim, o “conhecimento científico” baseado no contexto contemporâneo.⁶

¹ BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Org.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 24-26.

² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004. p. 29.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 853.

⁵ VENOSA, loc. cit.

⁶ BARBOSA, loc. cit.

Assim, diante da nova realidade imposta pela evolução da sociedade e de suas necessidades, o legislador constituinte brasileiro, no ano de 1988, passou a considerar matérias de direito privado, assegurando direitos e a merecida proteção à entidade familiar, como se verifica na consagração dos princípios de igualdade entre os cônjuges, bem como entre filhos, independente de sua origem, do reconhecimento da união estável e da família monoparental, entre outras garantias dispostas nos artigos 226 e art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).⁷

Partindo destas modificações advindas da Carta Magna, busca-se expor, detalhadamente, neste primeiro capítulo, o contexto da família na CRFB, seus princípios norteadores e a família homoafetiva, a qual foi reconhecida recentemente pelo STF, e é elemento fundamental para a compreensão do presente trabalho.

2.1 CONTEXTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da CRFB de 1988, foram nítidas as mudanças no ordenamento jurídico brasileiro no que se referem ao Direito de Família. Como bem explicitou Maria Berenice Dias⁸, o que caracteriza a família na contemporaneidade e “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.”

Dispõe, ainda, a autora, que “os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana”, resultando em que outras formas de convívio afetivo fossem consideradas entidades familiares.⁹

Citando Levy Bruhl¹⁰, o “traço dominante da evolução da família é a sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado e que

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

⁹ Ibid, p. 39.

¹⁰ BRUHL, Levy apud GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 21.

cada vez mais se funda na afeição mútua.” Nesta ótica, a CRFB vislumbra, claramente, as principais inovações na legislação, principalmente no seu art. 226.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e, de acordo com José Afonso da Silva¹¹, é:

Uma comunidade natural composta, em regra, por pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do art. 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento (art. 227, parágrafo 6º), ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Assim, pelo amplo privilégio concedido à família, a primeira grande modificação da CRFB foi a definição de três tipos de entidade familiar tuteladas pelo Estado: a constituída pelo casamento civil ou religioso (art. 226, parágrafos 1º e 2º), a formada pela união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, parágrafo 3º), e a família unida por qualquer um dos pais e seus descendentes, chamada de monoparental (art. 226, parágrafo 4º).¹²

O matrimônio, de acordo com Washington de Barros Monteiro¹³, é a “união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei”, com a finalidade de ajudarem-se mutuamente e, opcionalmente, reproduzirem. Tem como caracteres a natureza de ordem pública e formal, o dever de fidelidade, a comunhão de vida plena e a ausência de possibilidade de conter termo ou condição, como se negócio jurídico fosse, estabelecidos no art. 1.511 e seguintes do Código Civil.¹⁴

Acerca da união estável, Maria Helena Diniz¹⁵ entende como sendo uma “união livre e estável de pessoas de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil.” Acrescenta que a entidade familiar é reconhecida como sendo a convivência pública, contínua, sem vínculo matrimonial, estabelecida com objetivo de constituir família, conforme prevê o art. 1.723 do Código Civil.¹⁶

¹¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 848-849.

¹² MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e a legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.158-2.159.

¹³ MONTEIRO, 2007, p. 22.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 374-375.

¹⁶ BRASIL, loc. cit.

Pela ausência de formalismo e qualquer solenidade neste modelo familiar, é necessária a presença de todos os pressupostos para sua configuração. O primeiro deles é a configuração da convivência “more uxório”, que se assimila a uma comunhão de vidas de pessoas casadas, envolvendo assistência mútua, material, moral e espiritual, convertendo-se em interesse de vidas interligadas.¹⁷

Há, também, o pressuposto de ânimo ou objetivo de constituir família, a notoriedade, indicando ser pública a relação afetiva, a estabilidade ou duração prolongada da união, como bem indica o próprio nome, e, por fim, deve inexistir causa de impedimento matrimonial, e a diversidade de sexos.¹⁸

Em relação à última condição, imprescindível ressaltar que a união estável entre pessoas do mesmo sexo já foi reconhecida pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, de maneira que a diversidade de sexos não mais é pressuposto necessário para configuração da união estável, quando presente os demais elementos caracterizadores.¹⁹

Já a família monoparental é aquela “constituída por homem ou mulher, não vinculado conjugalmente a ninguém (solteiro, separado, divorciado, viúvo etc.), e seus descendentes (naturais ou civis).”²⁰ Pode, de acordo com o fundador da família, seja o pai ou a mãe, ser classificada como paternal ou maternal, e pela vontade destes, como voluntária ou involuntária. Também, pode ser classificada como natural ou civil, dependendo da “natureza do vínculo entre os membros da família”.²¹

Com efeito, independente do tipo de entidade familiar, todas possuem as mesmas “regras de regência”, que devem ser exercidas conforme previsto pela CRFB. Alexandre de Moraes²² assinala algumas destas regras, como a isonomia entre o homem e a mulher, tendo ambos direitos e deveres iguais perante a sociedade conjugal, bem como a possibilidade de divórcio, não importando o

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 549.

¹⁸ GONÇALVES, loc. cit.

¹⁹ SEREJO, Lourival. **O Supremo Tribunal Federal e a montanha de Brokeback**. 7 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Fam%C3%ADlia%20Brokeback.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2011.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.p. 55.

²¹ COELHO, loc. cit.

²² MORAES, 2005. p. 2.159.

número de vezes, e o planejamento familiar, o qual é de escolha livre do casal, havendo a intervenção do Estado somente em recursos.

Além disso, a CRFB regula que a adoção deverá ser assistida pelo poder público na forma da lei, que determinará formas e requisitos para a aprovação por parte de estrangeiros. Também será proibida qualquer discriminação referente à filiação, sendo todos os filhos considerados iguais perante a lei, independente de sua origem, e a assistência mútua, no que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.²³

De forma geral, vislumbra-se, portanto, que novas formas de família foram consagradas pelo direito constitucional e, conseqüentemente, pela ordem jurídica em seu todo. Defronte à nova realidade imposta pela sociedade, a qual começa a aceitar situações antes repudiadas, cabe ao legislador regular o “controle social”, no intuito de “harmonizar as normas com os fatos”.²⁴

2.2 PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DAS FAMÍLIAS

Na visão de Felipe de Clemente²⁵, considera-se princípio de direito “o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo.” Acrescenta-se à definição o entendimento de Paulo Bonavides²⁶, como sendo “as normas-chaves de todo sistema jurídico.”

A CRFB de 1988 prevê, em seu art. 1º, como fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.²⁷

Desta prerrogativa constitucional, alicerçada na dignidade humana, nascem os direitos fundamentais do homem, os quais se classificam em direitos

²³ MORAES, loc. cit.

²⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 853.

²⁵ CLEMENTE, Felipe de apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 246.

²⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 286.

²⁷ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21.

individuais, à nacionalidade, políticos, sociais, coletivos e solidários, devidamente positivados no Título II da CRFB.²⁸

Como conceito de direitos fundamentais, entende José Joaquim Gomes Canotilho, serem os “direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”²⁹, de forma que, “seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”³⁰, com finalidade de “defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”.

Sobre o tema, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³¹ também ensinam:

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Vale destacar que a CRFB de 1988 inovou ao trazer os direitos fundamentais positivados e em posição topográfica privilegiada na Carta, vez que se encontra logo no seu início, representando, portanto, “status jurídico diferenciado e reforçado.”³² Demonstra-se, dessa forma, que “os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”³³, sendo, inclusive, inserido no “rol de cláusulas pétreas do art. 60, parágrafo 4º”, tamanha sua importância.³⁴

Considerado por grande parte da doutrina principal fonte dos direitos fundamentais, não há dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana é pressuposto necessário para legitimação da ordem jurídica atual, motivo pelo qual é reconhecido e protegido pela CRFB, no seu art. 1º, inciso III.³⁵

Ingo Wolfgang Sarlet³⁶ discursa sobre seu conceito:

²⁸SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94, p. 104, p. 171.

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 391.

³⁰Ibid., p. 405.

³¹DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

³²SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

³³SARLET, loc. cit.

³⁴SARLET, loc. cit.

³⁵Id., 2009, p. 95.

³⁶Ibid., p. 67.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em casa ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Como princípio-base do direito familiar, o respeito à dignidade da pessoa humana garante o amplo vínculo afetivo entre os participantes da relação familiar, fundado na “afeição mútua” dando a estes liberdade para se desenvolverem com qualidade, com atenção especial à criança e ao adolescente³⁷. Tem como finalidade, de acordo com Washington de Barros Monteiro³⁸, “propiciar tutela integral à pessoa”, protegendo sua personalidade.

Posto isto, resta claro a essencial aplicabilidade do referido princípio na unidade familiar, “considerada a célula da sociedade”³⁹, como fundamenta o art. 226, parágrafo 7º da CRFB, proporcionando aos seus membros oportunidade de decidir livremente sobre sua forma de planejamento familiar, sem qualquer tipo de coerção Estatal, cabendo a este apenas “fornecer recursos educacionais e científicos” para o pleno uso deste direito.⁴⁰

O princípio da dignidade humana impõe ao Estado que assegure a proteção e respeito ao indivíduo, e que, além disso, obtenha meios que facilitem o afastamento de qualquer situação que impeça as pessoas de viverem sem dignidade.⁴¹ Por tal razão, “a família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos”⁴², no que deve, com a colaboração do Estado e da própria sociedade, garantir, de forma absoluta, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, como descrito no art. 227 da CRFB.⁴³

Aliado ao supramencionado fundamento, encontra-se o princípio da igualdade, o qual aduz que todos os cidadãos serão iguais perante a lei, tendo

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 22.

³⁸ MONTEIRO, 2007, p. 18.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. Atlas: São Paulo, 2006. p. 129.

⁴⁰ MORAES, loc. cit.

⁴¹ SARLET, 2009, p. 123.

⁴² SILVA, 2008, p. 853.

⁴³ SILVA, loc. cit.

estes, então, igual tratamento, sempre em uniformidade com o previsto no contexto jurídico. Isto indica a total vedação de qualquer tipo de discriminação que não se demonstre em consonância com uma finalidade constitucional, caracterizando-se, portanto, como arbitrária e preconceituosa.⁴⁴

No Direito de Família, constata-se claramente o emprego do princípio da igualdade, especificado no art. 5º, inciso I, tendo em vista que após o advento da CRFB, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”⁴⁵

Há igual previsão, também, no art. 226, parágrafo 5º da CRFB, o qual enseja o fim do patriarcalismo, instituto restritivo à mulher, vez que esta só tomava conta de tarefas domésticas e cuidava dos filhos. Desta feita, o espaço da mulher cresce na entidade familiar, tendo a mesma importância que o homem, de modo que ambos, em conjunto, devem fornecer e colaborar com a “manutenção da família.”⁴⁶

Em respeito ao princípio da igualdade, o art. 227, parágrafo 7º, da CRFB, garante que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, extinguindo os termos filho “legítimo”, “ilegítimo”, “natural” ou “adotado”, do vocabulário jurídico atual.⁴⁷

Uniforme ao fundamento citado, o princípio da solidariedade familiar, que tem como base o fundamento da solidariedade social, presente na CRFB, no art. 3º, inciso I, visto o Estado Democrático Brasileiro ser social, “por que favorece a funcionalidade do sistema jurídico para atender à segurança das relações e à justiça social”, derivando sua existência.⁴⁸ Este princípio busca que os membros da entidade familiar auxiliem-se reciprocamente durante todo o estágio de convivência familiar, cabendo aos pais “o dever de assistir, criar, e educar os filhos menores, e aos filhos maiores, a obrigação de ajudar os pais e ampará-los na velhice, carência e enfermidade”⁴⁹, conforme dispõe o art. 229 da CRFB.

⁴⁴ MORAES, 2006, p. 31.

⁴⁵ SILVA, 2008, p. 853.

⁴⁶ GONÇALVES, 2008, p. 7.

⁴⁷ SILVA, op. cit., p. 862.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 117.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

Acerca da essência do auferido princípio, destaca-se o entendimento de Maria Berenice Dias⁵⁰:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe quando coexiste.

Em consonância com os demais princípios, o pluralismo das entidades familiares demonstra-se importante pilastra de sustentação da modernização no direito de família, visto que agora o Estado reconhece e abrange novas estruturas familiares – art. 226, parágrafos 2º, 3º e 4º-, garantindo maior proteção à família. São definidas três formas na Carta Magna, quais sejam, a constituída pelo casamento civil ou religioso, a oriunda da união estável, bem como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”⁵¹.

Salienta-se que, por mais que a lei tente conjecturar “todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação.”⁵² Portanto, diante da fartura de fatos concretos, o ordenamento jurídico se torna estreito para alcançá-los, de modo que a presença de lacunas é resultado lógico do sistema, o qual deve ser preenchido pelo juiz, que, neste caso, efetua a função de “legislador”, tutelando direitos não previstos.⁵³

Neste sentido, Souza⁵⁴ pontua com clareza:

A grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é, justamente, a noção do pluralismo, a qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção, a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade. É, pois, uma proposta superar uma visão de mundo etnocêntrica, ao reconhecer o direito a projetos de vida alternativos.

Dito isso, com base no pluralismo das entidades familiares, entende-se que não somente as famílias especificadas na Carta Magna merecem especial proteção do Estado, mas, também, as várias outras possibilidades de arranjos

⁵⁰ DIAS, 2007, p. 63.

⁵¹ MORAES, 2006, p. 2.214-2.215.

⁵² DIAS, op. cit., p. 64.

⁵³ DIAS, loc. cit.

⁵⁴ SOUZA apud SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 74.

familiares, desde que compostas pelo “elo da afetividade” e que busquem comprometimento mútuo e envolvimento patrimonial e pessoal.⁵⁵

Na mesma linha, nos moldes do art. 226, parágrafo 7º da CRFB, a paternidade responsável, intimamente ligada e em conjunto à dignidade da pessoa humana, origina o fundamento do planejamento familiar, o qual tem por objetivo o direito de livre escolha do casal, “competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos”⁵⁶ para seu exercício, sendo-lhe vedado, qualquer tipo de ação coercitiva “por parte de instituições públicas e privadas”.⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves⁵⁸ acrescenta que a responsabilidade sobre a decisão cabe a “ambos os genitores, cônjuges ou companheiros.”

Ainda, imprescindível citar o princípio da afetividade como fundamental característica do direito de família na atualidade, vez que a partir do momento em que a CRFB dispõe direitos individuais e sociais, no intuito de proteger a dignidade da pessoa humana, visa claramente a proteger o principal sentimento no âmbito familiar, o afeto.⁵⁹

Em que pese não estar descrita taxativamente a palavra “afeto” na Carta Magna, a intenção do legislador demonstra-se cristalina ao reconhecer e tutelar juridicamente as uniões estáveis no art. 226, parágrafo 3º, da CRFB⁶⁰, relação que se une basicamente pelo laço da afetividade. Além disso, a solidariedade recíproca embutida no citado princípio enaltece a idéia de que não existe diferença entre os irmãos biológicos e adotivos, que se enlaçam pela afetividade adquirida da convivência familiar, e não necessariamente do sangue.⁶¹

Complementar ao explicitado, a doutrina de José Sebastião de Oliveira⁶² expõe que é inserido no contexto familiar “que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos.” Tamanha importância advém do fato de que o “Direito não tem o poder de criar afetividade”⁶³, tendo em vista que sentimentos não nascem da ordem

⁵⁵ DIAS, 2007, p. 64.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.334.

⁵⁷ BULOS, loc. cit.

⁵⁸ GONÇALVES, 2008, p. 8.

⁵⁹ DIAS, op. cit., p. 67.

⁶⁰ BRASIL, 1998.

⁶¹ DIAS, loc. cit.

⁶² OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. p. 233.

⁶³ OLIVEIRA, loc. cit.

jurídica, mas sim “vivência cotidiana”, baseada pelo “respeito, diálogo e compreensão”.

Estabelece, ainda, o art. 227 da CRFB, que é dever do Estado fornecer assistência integral à saúde da criança e do adolescente, devendo assegurar, como prioridade, os seus direitos fundamentais, tais como 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, consagrado no princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos.⁶⁴

A proteção é edificada no pretexto de que o menor é portador de “direitos próprios e fundamentais”, com proporções próprias e “independente da vontade ou desejo de maiores”, mesmo que estes sejam seus representantes legais. No tocante à idade em que se encaixa a determinação “criança” e “adolescente”, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90 – institui qual o critério definidor, sendo considerada criança o indivíduo até 12 anos incompletos, e dos 12 anos completos aos 18 incompletos, adolescente.⁶⁵

Por fim, entrelaçado com todos os princípios listados, e correlacionado essencialmente com fundamento da igualdade, o princípio da liberdade é alicerce-base para o direito das famílias.

Descreve José Afonso da Silva⁶⁶ como liberdade “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”, definindo, como “a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”⁶⁷ do homem.

Deriva da liberdade o livre poder de instituir uma comunhão de vida familiar, independente da entidade escolhida, sem restrição ou coação de pessoa jurídica de direito público ou privado, como prevê o art. 1.513 do Código Civil, bem como é ele que garante a livre decisão do casal no planejamento familiar, nos termos do art. 226, parágrafo 7º da CRFB.⁶⁸

Maria Berenice Dias⁶⁹ assinala que os primeiros direitos fundamentais acolhidos pela CRFB de 1988 foram a liberdade e a igualdade, visando garantir a

⁶⁴ SILVA, 2005, p. 849.

⁶⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al.. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 512.

⁶⁶ SILVA, op. cit., p. 233.

⁶⁷ SILVA, loc. cit.

⁶⁸ DINIZ, 2010, p. 23.

⁶⁹ DIAS, 2007, p. 61.

proteção à dignidade humana, sendo que com apoio nestes, os indivíduos têm o direito de “escolher o seu par, seja do sexo que for [...], de extinguir ou dissolver o casamento ou a união estável”⁷⁰, e de reconstruir novas formas de convivência, dentre outras liberdades individuais.

Em um todo, como explicita Paulo Bonavides⁷¹, entende-se que os princípios “são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”, e, por sua razão, os sistemas constitucionais alcançam a unidade de sentido e obtêm o valor de sua ordem normativa.

Na esfera familiar, os princípios serviram para acolher as modificações recorrentes da evolução histórica da sociedade e de seus costumes, prestando atenção na preservação da união familiar e dos valores culturais, a fim de garantir um “tratamento legal mais consentâneo à realidade social.”⁷²

2.3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

A nomenclatura técnica “homossexualidade” foi produzida pelo médico húngaro Karoly Benkert, em 1869, que tem origem na raiz da palavra grega *homo*, que significa “semelhante”, e pela palavra latina *sexus*, dando o sentido de “sexualidade semelhante”.⁷³ Como expõe Enézio de Deus Silva Júnior⁷⁴, caracteriza-se pela “predominância ou manifestação de desejo por pessoas de idêntico sexo biológico, o que não se reduz à simples escolha ou opção.”

Em breve lineamento histórico, é necessário lembrar que a homossexualidade encontra-se presente na antiguidade tanto quanto a heterossexualidade. Existe desde os primórdios da humanidade até os dias atuais, sendo sempre tolerada, porém, quase nunca admitida pela sociedade. Porém, em decorrência de mudanças nas tradições, costumes, normas de conduta, localização

⁷⁰ DIAS, 2007, p. 61.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 259.

⁷² DINIZ, 2010, p. 18.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46.

⁷⁴ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 65.

geográfica ou mesmo da época vivida, a maneira de visualizar o “amor entre iguais” se diferencia.⁷⁵

Na Grécia e Roma, duas grandes civilizações antigas, a prática homossexual era natural e aceita pela população. Denotava a idéia de “evolução da sexualidade”, ocupando lugar no sistema social como “ritual sagrado”, sendo apenas valorizado o “pólo ativo” da relação. Inclusive, na Grécia, “o exercício da sexualidade fazia parte do cotidiano de deuses, reis e heróis.”⁷⁶

Já no início da Era Cristã, a homossexualidade foi repudiada pela Igreja Católica, com fundamento na máxima bíblica “crescei e multiplicai-vos”⁷⁷, de forma que a atividade passou a sofrer fortes repressões, massificando o “preconceito” da população contra o desejo pelo mesmo sexo no mundo ocidental. Como ressalta Patrícia Fontanella⁷⁸, “o sexo entre os cônjuges só era aceito para reprodução e a negativa à homossexualidade aumentava na medida em que manuais eram distribuídos aos fiéis com instruções sobre o assunto.”

Na Idade Média, o pensamento se perpetuou, no que a sonodomia – chamada cópula anal – era julgada como o ato mais “vil, sujo e torpe pelos teólogos”. Desta época decorre a idéia de sacramento do casamento.⁷⁹

De mesma forma, na Idade Moderna, a homossexualidade continuava sendo tratada como era desde então, na obscuridade. Contudo, em meados do século XIX, as pessoas passaram a encarar com um pouco mais de flexibilidade a relação entre indivíduos do mesmo sexo, contando que agissem de forma discreta. A psicanálise de Freud também foi fator importante para a inserção e aceitação dos homossexuais na sociedade, contribuindo para um contexto mais liberal na época.⁸⁰

Nesta trilha, no mundo contemporâneo houve uma considerável modificação na forma de encarar a homossexualidade. Por diversas razões, entre elas, as revoluções culturais e políticas advindas dos últimos quarenta anos, a

⁷⁵ DIAS, 2009, p. 34.

⁷⁶ DIAS, 2009, passim.

⁷⁷ GÊNESIS. Português. In: **Bíblia Sagrada**. Versão dos Monges de Maredsous pelo Centro Bíblico Católico. 45. ed. São Paulo: Ave Maria, 1984. p. 49-100.

⁷⁸ FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 63.

⁷⁹ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 70.

⁸⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

sociedade começou a questionar a inexorabilidade da moralidade sexual e valores culturais, de modo a transformar a sexualidade em algo de natureza política.⁸¹

A mudança consistiu também na atenuação da influência da Igreja no Estado, e da dessacralização do casamento, especialmente, com o aumento da importância do afeto nas relações em geral, livre de restrições discriminatórias. Aos poucos, grupos de homossexuais passam a se formar, juridicamente, em busca e na defesa de “direitos de cidadania”⁸².

Tal ação teve principal marco no dia 28 de junho de 1969, quando, nos Estados Unidos, um movimento, composto de vários homossexuais, arqueado no *slogan* “saindo do armário”, lutou em defesa de suas “incolumidades físicas e psicológicas”. A referida data, nos consequentes anos, foi e continua sendo comemorada mundialmente como “Dia do Orgulho Gay”, com o significado de “conscientização crítico-transformadora de respeito à diversidade sexual.”⁸³

Vale lembrar que, neste seguimento histórico, não foram poucas as nomenclaturas dadas a fim de expressar a atração por pessoas de mesmo sexo. Uma delas é a expressão “orientação sexual”, que indica a involuntariedade do agir homossexual, diferentemente da ideia antiga e descabida de “opção sexual”. Ainda, a palavra “homoerotismo”, criada em 1911, por E. Harsh-Haak, e que no Brasil foi adotada por Jurandir Freire Costa, tendo, como significado, a noção de que uniões homoafetivas não envolvem diretamente doenças, anormalidades ou perversão. Uma tentativa de desmistificar o preconceito intrínseco adquirido ao longo dos anos.⁸⁴

Inclui-se, também, o termo “homoafetividade”, criado por Maria Berenice Dias, no intuito de dar especial enfoque à palavra afeto, motivo primordial para o envolvimento dos indivíduos atraídos por pessoas do mesmo sexo. A palavra procura ampliar a ideia de algo sexual, “no sentido genital”, da homossexualidade, para o sentido de que é no amor que nasce a razão da relação.⁸⁵ É necessário ressaltar que, por seu significado, a palavra “homoafetividade” demonstrou ser a mais adequada ao contexto deste trabalho, sendo, por tal motivo, aqui adotada.

⁸¹ MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva**: a construção de igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2010. p. 301.

⁸² SILVA JÚNIOR, 2010, p. 71.

⁸³ Ibid., p. 72.

⁸⁴ DIAS, 2009, p. 46.

⁸⁵ SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 74.

No tocante à justificativa da relação homoafetiva, foram realizados diversos experimentos e técnicas para tentar encontrar a raiz da atividade, seja no campo da Medicina, da Psiquiatria, da Psicologia e até mesmo da Psicanálise. Entretanto, como entende Maria Berenice Dias⁸⁶, o porquê da relação homossexual não é o enfoque do tema, bastando apenas deixar claro que este tipo de envolvimento não é uma opção, mas apenas algo que existe, de fato, e que, por si só, não tem o condão de prejudicar a vida de terceiros.

Importa salientar, entretanto, que Organização Mundial da Saúde (OMS) não classifica a homossexualidade como doença. A organização possui a Classificação Internacional de Doenças (CID), a qual informou, no ano de 1985, que a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença, para ser reputada como um “desajustamento social”, fruto da “discriminação política, religiosa e sexual”. Ademais, dez anos depois, a CID fez uma revisão no termo “homossexualismo”, trocando o sufixo “ismo”, que significa doença, por “dade”, que representa modo de ser. Dessa forma, o primeiro termo citado não é mais utilizado.⁸⁷

No panorama da legislação brasileira, há pouquíssimo tempo, o ordenamento jurídico era omissivo acerca do reconhecimento da união homoafetiva como família. Inclina-se parte da jurisprudência e doutrina para a existência de mera sociedade de fato (art. 981 do Código Civil⁸⁸), visando exclusivamente ao “vínculo negocial”, e voltado para a área patrimonial da união, renegando a existência de elementos configuradores de uma entidade familiar encadeada da relação. Tal caracterização resultava em uma situação calamitosa, vez que se perdiam diversas proteções incluídas na esfera familiar, bem como direitos possessórios.⁸⁹

Por outro lado, como aduz Adilson José Moreira⁹⁰, com base no princípio constitucional da igualdade, que prevê o tratamento isonômico entre todos os indivíduos, a união homoafetiva começou a ser tutelada, principalmente por intermédio dos tribunais. As jurisdições passaram a interpretar o fundamento da isonomia de maneira não formal, no intuito de destacar o caráter transformador do referido princípio.

⁸⁶ DIAS, 2009, p. 45.

⁸⁷ BRANDÃO, 2002, p. 20.

⁸⁸ BRASIL, 2002.

⁸⁹ DIAS, 2007, p. 185.

⁹⁰ MOREIRA, 2010, p. 59.

Neste mesmo sentido, Roger Raupp Rios⁹¹ assinala que a relação homoafetiva foi considerada união estável por parte da jurisprudência, através de “uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (principalmente o direito de igualdade) e mediante o recurso da analogia”⁹², e também pela “inconstitucionalidade da própria norma do art. 226, parágrafo 3º, ao restringir o conceito, por violação ao princípio da dignidade humana e da igualdade.”⁹³

Assim, diante da realidade fática que expõe, de forma quase óbvia, a existência de casais homoafetivos na sociedade, muitos tentaram alcançá-la no campo legislativo, com projetos de lei que tramitam ou tramitaram acerca da regulação da união entre pessoas do mesmo sexo, sem ter, contudo, obtido êxito.⁹⁴

Em contraponto, no dia 5 de maio de 2011, a tão esperada legalização veio a acontecer. Nas palavras de Enézio de Deus Silva Júnior⁹⁵:

A mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro – guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal - reconheceu, pela unanimidade de 10 ministros votantes, que a união homossexual pode ser considerada entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às vinculações heterossexuais estáveis (que o legislador nomeou de união estável). Assim, desde que preenchidos determinados requisitos legais – consubstanciados na convivência factual pública (notória, ostensiva), contínua, duradoura e com perspectiva de vida em comum -, casais de pessoas do mesmo sexo formam uniões estáveis aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de deveres decorrentes do mesmo sentimento: o amor.

Por intermédio da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277⁹⁶, propostas, de forma sequencial, pelo Governador do Rio de Janeiro – Sérgio Cabral – e pela Procuradoria Geral da República (PGR), o STF decidiu a causa e fez história no Brasil. A ADPF versava sobre benefícios a companheiros homossexuais de servidores estaduais, e a ADI consistia, objetivamente, no reconhecimento, no

⁹¹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 121.

⁹² RIOS, loc. cit.

⁹³ RIOS, loc. cit.

⁹⁴ DIAS, 2009, p. 45.

⁹⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Amor e a família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **ADI n. 4.227 e ADPF n. 132**, Relator Min. Ayres de Britto. Brasília,DF. Julgado em: 05-05-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 set. 2011.

Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os pressupostos da união estável entre “homem e mulher”.⁹⁷

Em outras palavras, a partir desta data, todos os casais homoafetivos terão assegurados todos os direitos e garantias previstos às demais entidades familiares formadas por um homem e uma mulher. Entre tais direitos, inclui-se o reconhecimento da união estável, bem como de sua dissolução, a partilha de bens, a pensão alimentícia, a guarda dos filhos, a herança, os benefícios previdenciários, etc.⁹⁸

A batalha, contudo, ainda não chegou ao fim. Existem questões em aberto, as quais, provavelmente, serão discutidas em breve, como a possibilidade de converter a união estável em casamento. Com reconhecimento pelo STF, não há dúvidas de que restou solidificado um ponto importante neste caminho, porém, muitos se mostram contrários à conversão, aparamentados, principalmente, por argumentos de “ordem moral-religiosa”, ou fundamentados na idéia de que a CRFB não prevê este tipo de entidade familiar.⁹⁹

É notório que existem outras formas de família não elencadas na CRFB, que nem por isso deixam de ser consideradas como tal por todos, como, por exemplo, uma composta só por irmãos. Dessa forma, isso indica que, na ordem jurídica, a previsão constitucional das famílias não seria taxativa, e sim, exemplificativa.¹⁰⁰

Em outro norte, como explica Marianna Chaves¹⁰¹, há quem diga que o casamento civil homossexual é inexistente, por ser a diversidade de sexos, condição para sua validade. Contudo, por mais que o Código Civil disponha os termos “homem e mulher” em diversos artigos, o pressuposto é mera presunção doutrinária, vez que não se vislumbra expressamente esta referência. Tampouco a CRFB faz menção ao assunto, o que também indica a ausência do requisito no ordenamento jurídico.

⁹⁷ SILVA JÚNIOR, 2011.

⁹⁸ OPPERMAN, Marta Cauduro. **A vitória da cidadania**. 2011. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/noticia-23453-vitoria-cidadania-artigo-marta-cauduro-oppermann>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Quem tem medo do casamento gay?** 2011. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=731>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

¹⁰⁰ PEREIRA, loc. cit.

¹⁰¹ CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>>. Acesso em: 29 ago. 2011a.

Por tais considerações, alguns juízes já vêm se posicionando para a conversão da união estável homoafetiva para casamento, no que aplicam simplesmente a legislação positiva brasileira, mais precisamente o art. 226, parágrafo 3º da Carta Magna, o qual prevê que “reconhecida a união estável como entidade familiar”¹⁰², a lei deve facilitar sua conversão para casamento, e o art. 1.726 do Código Civil, que determina que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”¹⁰³

Salienta-se, ainda, que há casos em que o casamento homoafetivo já ocorreu de forma direta, através de autorização judicial, sem o procedimento de conversão pelo Poder Judiciário. Sobre os primeiros casamentos homossexuais oficializados após o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, o *site* Espaço Vital¹⁰⁴ asserta:

O primeiro casamento gay no Brasil, após conversão da união estável, aconteceu em Jacareí (SP), interior de São Paulo, no dia 28 de junho. Luiz André de Rezende Moresi e José Sérgio Santos de Sousa viviam juntos havia oito anos e escolheram a data para a formalização do casamento no dia do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual. A primeira autorização para casamento civil homossexual direto em São Paulo foi concedida em 20 de julho, em Cajamar, mas a cerimônia só acontecerá em 8 de outubro. Os noivos Wesley Silva de Oliveira e Fernando Júnior Isidorio de Oliveira adotarão a comunhão parcial de bens.

Sob esse enfoque, a Organização dos Advogados do Brasil (OAB) pretende estender alguns direitos aos homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais de todo o país, tais como o casamento, o divórcio, proteção contra violência doméstica, acesso à adoção e à herança, bem como punição ao exercício de atos discriminatórios. A extensão foi elaborada por uma Comissão de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem, por meio de um anteprojeto de lei nomeado de “Estatuto da Diversidade Sexual”, e por uma

¹⁰² CHAVES, 2011.

¹⁰³ CHAVES, loc. cit.

¹⁰⁴ ESPAÇO VITAL. **São Paulo faz primeiro casamento civil direto entre mulheres**. 2011.

Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-25098-sao-paulo-faz-primeiro-casamento-civil-direto-entre-mulheres>>. Acesso em: 30 ago. 2011a.

proposta de emenda constitucional que foi apresentada no dia 23 de agosto deste ano.¹⁰⁵

O projeto aguarda a aprovação do pleno do Conselho Federal da OAB, para, então, ser levado ao Congresso Nacional. No tocante ao casamento, a comissão criou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que “institui o casamento civil independente de orientação sexual e bane a discriminação por orientação ou identidade de gênero”, de modo que a questão se torne pacífica no ordenamento.¹⁰⁶

Por fim, é importante destacar que o reconhecimento da união homoafetiva trouxe maior consolidação para o deferimento de pedido de adoção para este tipo de entidade familiar, visto que para casais adotarem, além dos requisitos básicos que serão estudados adiante, existe a condição da presença de união estável ou casamento, para sua possibilidade.¹⁰⁷ Todavia, o assunto será melhor abordado nos próximos capítulos.

Em linhas gerais, conclui-se, portanto, que houve uma importante quebra de paradigma na atualidade em relação à família homoafetiva, advinda da revalorização dos princípios constitucionais nos últimos anos, principalmente o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que, por fim, foi concretizado pelo reconhecimento da união pelo STF. Vislumbra-se que o ordenamento jurídico, vem, a cada dia, tentando alcançar a realidade fática atual da população, principalmente no direito de família, a fim de atender àqueles não tutelados pelo Estado, buscando a diminuição de diferenças e discriminações. Porém, em que pese uma grande luta ter sido vencida, existem alguns pontos omissos que necessitam de regularização para sua completa efetividade, como o casamento e adoção por estes casais.

¹⁰⁵ ESPAÇO VITAL. **OAB discute casamento e adoção para casais gays**. 2011. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-25005-oab-discute-casamento-e-adocao-para-casais-gays>>. Acesso em: 30 ago. 2011b.

¹⁰⁶ ESPAÇO VITAL, loc. cit.

¹⁰⁷ CHAVES, 2011a.

3 DA ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ambos elencados no art. 1º do CRFB. Estes princípios foram efetivados por meio do art. 227 do mesmo diploma, reconhecendo crianças e adolescentes como cidadãos, sendo-lhes garantidos direitos essenciais à manutenção da vida em sociedade. No mencionado artigo, encontram-se estipulados quais direitos, como à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade, ao respeito e, principalmente, à convivência familiar e comunitária.¹⁰⁸

Considerando que cabe, de modo conjunto, à família, à sociedade e ao Estado a prática destes direitos, foram criados organismos com intuito de defender essas garantias, como o Conselho Tutelar, o Ministério Público e as demais Associações com tal fim, e também para regulamentá-las, através da instituição do ECA.¹⁰⁹

No direito brasileiro, a adoção é uma medida excepcional, presente nos casos em que mesmo com a intervenção do Estado para a manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa, esta se torna inviável. Portanto, só é possível nas situações em que não se tem solução para o convívio familiar natural, caso em que se cogita a adoção por uma família substituta.¹¹⁰

O instituto da adoção, nas palavras de Washington de Barros Monteiro¹¹¹, é “filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário”, ou seja, demonstra ser “fonte de benemerência, porque, pela adoção, muitas vezes se socorrem criaturas desamparadas, oriundas de pais desconhecidos ou sem recursos.” Entretanto, nem sempre a adoção teve tal cunho sociológico, no que passou por um extenso caminho legislativo no tempo em “matéria de adoção e de direito de filhos adotivos”, até a promulgação da CRFB de 1988 e do ECA¹¹², como se verá a seguir.

¹⁰⁸ FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Adoção**: guia prático, doutrinário e processual com as alterações da Lei n. 12.010, de 3/8/2009. São Paulo: Cortez, 2010. p. 16.

¹⁰⁹ FERREIRA, loc. cit.

¹¹⁰ COELHO, 2010, p. 176.

¹¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 37. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 336.

¹¹² VENOSA, 2004, p. 328.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: BREVE EXAME

No Código Civil de 1916¹¹³, a adoção era tida como uma “instituição destinada a dar filhos, ficticiamente, àqueles a quem a natureza os havia negado”¹¹⁴, baseada no Direito Romano. Seu deferimento era apenas possível aos maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou ilegítimos, por entender que em tal idade, o casal já não tinha mais estímulo de ter filhos biológicos, sendo muito provável que não os viessem a ter.¹¹⁵ Ademais, como acrescenta Arnaldo Wald¹¹⁶, a medida poderia ser revogada por acordo entre as partes e nos casos em que a lei permitia a deserdação.

A grande modificação do instituto ocorreu com a entrada em vigor da Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, que autorizou a adoção por pessoas de 30 anos de idade, que tivessem ou não prole natural.¹¹⁷ Esta lei trouxe transformações profundas no caráter da adoção, alterando, inclusive, sua conceituação. Nas palavras de Silvio Rodrigues.¹¹⁸

Isso porque, enquanto, dentro de sua estrutura tradicional, o escopo da adoção era atender ao justo interesse do adotante, de trazer para a sua família e na condição de filho uma pessoa estranha, a adoção (cuja difusão o legislador almejava) passou a ter, na forma que lhe deu a lei de 1957, uma finalidade assistencial, ou seja, a de ser, principalmente, um meio de melhorar a condição do adotado.

Por outro norte, por mais que permitisse a medida para casais com filhos “legitimados”, não equiparava o filho adotivo ao natural, conforme prescrevia o art. 377 da lei, o qual estipulava que a adoção não abrangia a sucessão hereditária. Este motivo fez com que muitos casais praticassem ilegalmente o registro de filho alheio como próprio, burlando a adoção, delito, posteriormente, denominado de “adoção simulada ou à brasileira”.¹¹⁹

¹¹³ BRASIL. Lei n. 3.071, de 10 de janeiro de 1916. **Código Civil** (revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso: 16 out. 2011.

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva: 1998. p. 336.

¹¹⁵ RODRIGUES, loc. cit.

¹¹⁶ WALD, 2005, pp. 272-273.

¹¹⁷ GONCALVES, 2008, p. 340.

¹¹⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 337.

¹¹⁹ GONCALVES, loc. cit.

A par disso, em 1965, foi promulgada a Lei nº 4.655, que permitiu mais uma modalidade de adoção, chamada de “legitimação adotiva”. A medida dependia de autorização judicial, era irrevogável e cessava o vínculo de parentesco com a família natural, o que antes, no modo simples, não acontecia.¹²⁰ Contudo, o Código de Menores – Lei nº 6.697/79 – substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, guardando quase todos os mesmos elementos. Desta forma, perdurou no Brasil até o advento do ECA, duas formas de adoção: a adoção simples, que era tradicional, e a adoção plena, que era muito mais utilizada que a outra.¹²¹

Com a promulgação da CRFB de 1988, o art. 227, parágrafo 6º, colocou em igual posição jurídica os filhos naturais, adotivos ou concebidos fora do matrimônio, ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, mudando mais uma vez as características da adoção, valorizando o fundamento da igualdade.¹²²

Mais a frente, no intuito de assegurar os princípios constitucionais centrados no art. 227, supramencionado, principalmente o da proteção integral, entrou em vigor o ECA – Lei nº 8.069/90 – tratando sobre o assunto nos artigos 39 a 52, de modo que revogou o Código de Menores. Vale ressaltar que o ECA proporcionou importantes mudanças no ordenamento da adoção nesta época. Luiz Antônio Miguel Ferreira¹²³ expõe alguma delas:

O Estatuto acabou com as designações de adoção simples e adoção plena, instituindo uma única modalidade para toda criança e adolescente [0 a 18 anos, excepcionalmente 21 anos] [...], acabou a discriminação entre crianças e adolescentes adotados e biológicos; diminuiu a idade para adotar de 21 anos, independente do estado civil; estabeleceu a possibilidade de adoção de concubinos, separados judicialmente, divorciados e viúvos; instituiu a adoção “post mortem” e a adoção unilateral [...] proibiu a adoção pelos ascendentes e pelos irmãos; instituiu a necessidade de oitiva do adotando maior de 12 anos; manteve o caráter de irrevogabilidade da adoção e estabeleceu critérios para a adoção realizada por estrangeiros, inclusive com relação ao cadastro de pretendentes à adoção.

A lei também, conseqüentemente, revogou as disposições do Código Civil (CC) de 1916, no tocante à adoção de menores, continuando a vigorar no CC a

¹²⁰ DIAS, 2007, p. 425.

¹²¹ RODRIGUES, 1998, p. 337.

¹²² GONCALVES, 2008, p. 340.

¹²³ FERREIRA, 2010, p. 32.

adoção de maiores.¹²⁴ Este tipo de adoção só era levada a efeito por escritura pública e estabelecia diferenças na esfera sucessória, entre outras considerações. Assim, diante do quadro apresentando, verificava-se, portanto, duas formas adoção, a do ECA, para os menores de 18 anos, e do CC de 1916, para os maiores de 18 anos, cada qual com seus requisitos e efeitos.¹²⁵

Em 2002, o instituto veio a sofrer novamente modificações em sua estrutura, com a entrada em vigor do CC – Lei nº 10.406 – conservando, porém, os elementos centrais traçados pelo ECA, de forma que toda a matéria que não foi regulada especificamente no CC, ainda existia.¹²⁶ Todavia, foi extinta a adoção simples de maior de 18 anos derivada do CC de 1916, por ter sido ab-rogado, de maneira que a adoção passou a compreender apenas uma modalidade, a plena.¹²⁷

Entre os avanços, no dia 3 de agosto de 2009, foi publicada a Lei nº 12.010, já chamada de “Nova Lei da Adoção”, que dispõe novas alterações no ECA e no CC, no intuito de findar qualquer dúvida acerca do tema, vez que ainda persistiam certos impasses desde a vigência do novo CC. Uma das mudanças foi a redação do art. 1.618 do CC que prevê que “a adoção de crianças e adolescentes será na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13.07.1990”¹²⁸, outra alteração foi no artigo seguinte, indicando que são aplicáveis as regras gerais do ECA na adoção de maiores de 18 anos, no que for pertinente.¹²⁹

Em resumo, vislumbra-se que atualmente, a adoção civil se tornou igual à prevista no ECA, na modalidade plena, sendo que se difere na aplicação somente em questão da idade do adotado.¹³⁰ Restou verificado, também, que hoje em dia o ordenamento se preocupa, primeiramente, com o bem-estar da criança e do adolescente no momento da adoção, tomando os devidos cuidados para que estes não sofram nenhum tipo de discriminação ou abuso, a fim de respeitar o princípio da convivência familiar e da igualdade.

¹²⁴ WALD, 2005, p. 276.

¹²⁵ RODRIGUES, 1998, p. 337.

¹²⁶ FERREIRA, 2010, p. 32.

¹²⁷ PERES, Ana Paulo Ariston Barion. **A adoção por homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 73.

¹²⁸ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 108.

¹²⁹ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

¹³⁰ FERREIRA, op. cit., p. 31.

3.2 CONCEITO NA ATUALIDADE

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa¹³¹, a adoção “é uma modalidade de filiação que busca imitar a filiação natural”, chamada de filiação civil, pois nasce de uma manifestação de vontade, e não de um vínculo biológico. É exclusivamente jurídica, uma vez que “cria as relações de paternidade e filiação entre duas pessoas”¹³², as quais se pressupõem serem ligadas pela afetividade, vez que inexistente relação biológica.

Neste mesmo pensamento, Maria Helena Diniz¹³³, com base em diversos autores, disserta sobre a definição de adoção:

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

Como destacado no capítulo anterior, é importante salientar que o conceito de adoção tem como finalidade atender ao melhor interesse da criança, nos termos do art. 43 do ECA, que prevê “reais vantagens para o adotando”, quando fundadas em “motivos legítimos”.¹³⁴

A adoção, agora, significa a busca de uma família para uma criança, e não o contrário. Na expressão de Luiz Edson Fachin¹³⁵, é uma modalidade de filiação construída no amor, gerada por opção. O ato consagra a paternidade socioafetiva, tendo em vista fundar-se em fator sociológico, e não biológico.¹³⁶

É uma medida de proteção, que possui caráter humanitário e assistencial, visto que busca dar, ao mesmo tempo, filhos àqueles que não puderam ter, e assistência ao adotado que necessita de um meio para melhorar sua condição moral

¹³¹ VENOSA, 2004, p. 327.

¹³² VENOSA, loc. cit.

¹³³ DINIZ, 2010, p. 522.

¹³⁴ GONÇALVES, 2008, p. 337-338.

¹³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 237.

¹³⁶ DIAS, 2007, p. 426.

e material.¹³⁷ Logo, a fim de dar maior proteção à criança, o ECA adotou um sistema que busca “democratizar e facilitar o processo adotivo”, como se verá a seguir.¹³⁸

3.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 12. 010/09, também chamada de “Lei Nacional da Adoção”, tem como fundamentos o aprimoramento da sistemática prevista para a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, à proteção integral e à prioridade no cumprimento do melhor interesse destes.¹³⁹ O art. 3º do ECA elenca, de maneira objetiva, os direitos assegurados aos menores, caracterizando-se como “uma solene declaração de princípios, análogas a outras, contidas em Cartas Constitucionais e em Convenções Internacionais.”¹⁴⁰

O direito à convivência familiar e comunitária encontra-se positivado no art. 19 do ECA, e tem como fonte o *caput* do art. 227 da CRFB, o qual impõe a família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, etc., e também à convivência familiar. Este princípio se baseia na ideia de que toda criança e adolescente “tem o direito a ser criado e educado no seio de sua família ou excepcionalmente em família substituta.”¹⁴¹

Para assegurar a sua eficácia, a nova lei trouxe mudanças na legislação, de forma que agora a “manutenção ou reintegração da criança ou do adolescente à sua família é prioridade e tem preferência sobre as formas de colocação da criança em família substituta.”¹⁴² Ademais, determinou-se a necessidade de reavaliar as crianças em acolhimento familiar ou institucional, e estipulou-se prazo máximo de dois anos para permanência dos menores neste programa.¹⁴³

¹³⁷ DINIZ, 2010, p. 523.

¹³⁸ FERREIRA, 2010, p. 31.

¹³⁹ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**. Leme: J. H. Mizuno, 2010. p. 61.

¹⁴⁰ VERCELONE, Paolo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35.

¹⁴¹ RODRIGUES, Sílvio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 107-108.

¹⁴² FERREIRA, op. cit., p. 55.

¹⁴³ FERREIRA, loc. cit.

Já o princípio do melhor interesse, no tocante à adoção, nas palavras de Paulo Hermano Soares Ribeiro¹⁴⁴:

Determina que é mais relevante a felicidade da criança e do adolescente do que a mera situação jurídica alcançada pela verdade registral, desacompanhada de laços de afeto, ou, a adoção que se realiza no interesse exclusivo do adotante, sem alcançar sua verdadeira vocação de prioridade da pessoa em formação. [...] Tem o sentido de garantir à criança e ao adolescente sua prevalência absoluta.

Partindo do mesmo pressuposto disposto na Carta Constitucional (art. 227), o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes é consagrado pelo ECA, estabelecendo a prioridade absoluta, em todas as esferas administrativas públicas, da aplicação dos direitos fundamentais específicos positivados na CRFB à criança e ao adolescente.¹⁴⁵

Em relação às principais modificações na letra da lei, o primeiro grande esclarecimento da nova legislação encontra-se previsto no art. 39 do ECA, onde o artigo aduz à exclusividade da Lei nº 8.069/1990 para reger a adoção de criança e adolescente, o que antes não estava expresso, causando dúvidas acerca de sua aplicação.¹⁴⁶ Foi também substituída a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, nos moldes do estabelecido no CC.¹⁴⁷

Outra alteração foi o acréscimo do termo “extensa” à família, no parágrafo 1º do art. 39, o qual foi conceituado no art. 25, da mesma lei, de forma inovadora, garantindo a ideia de uma família plural, fruto das diversas “multiplicidades de vínculos” entre os indivíduos, como se demonstra nos dias atuais, denotando a evolução do Estatuto.¹⁴⁸

No mais, outras diversas mudanças foram realizadas na legislação do ECA, principalmente no tocante aos requisitos gerais para adoção. Por tal razão, no próximo tópico tais alterações serão analisadas separadamente para melhor entendimento.

¹⁴⁴ RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2010, p. 71.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 68.

¹⁴⁶ RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, op. cit., p. 119.

¹⁴⁷ FERREIRA, 2010, p. 34.

¹⁴⁸ RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, op. cit., p. 120.

3.4 REQUISITOS PARA ADOÇÃO

Como exposto anteriormente, com a promulgação da Lei nº 12.010, a adoção assumiu um caráter ainda mais excepcional, o que aumentou as exigências no seu procedimento. Para a concretização da adoção, os envolvidos na medida, principalmente o adotado e adotante, têm de respeitar todos os requisitos jurídicos e sociais, positivados no ECA.¹⁴⁹ Dito isso, nos próximos tópicos serão analisados quais pressupostos deverão ser necessários para o deferimento do instituto.

3.4.1 Referente aos adotantes

De acordo com o art. 42, do ECA, qualquer pessoa maior de 18 anos de idade, dotada de capacidade civil, ou seja, que possui saúde física e mental, tem direito a adotar. Ressalta-se que, apesar de ser uma condição, em tese, objetiva, deve ser analisada em conjunto com o aspecto social e psicológico do indivíduo, uma vez que não é certo que uma pessoa de 18 anos esteja preparada para constituir uma família. Ainda, se a adoção for conjunta - composta por um casal - uma das partes adotantes, pelo menos, deve ter 18 anos de idade.¹⁵⁰

Em relação à diferença de idade, o adotante deve ter, no mínimo, dezesseis anos a mais que o adotado, conforme prevê o parágrafo 3º do art. 42. Esta restrição é feita com o intuito de manter as características semelhantes da paternidade natural, dando tempo suficiente para que os pais possam impor respeito e presumir maior experiência que o adotado.¹⁵¹

Paulo Luiz Netto Lobo¹⁵² acrescenta que na situação em que um dos cônjuges ou companheiros não tem a diferença mínima prescrita em lei, prega-se a flexibilidade no uso da norma, em respeito ao princípio do melhor interesse da

¹⁴⁹ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 111.

¹⁵⁰ FERREIRA, 2010, p. 54.

¹⁵¹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática com abordagem do novo código civil. Curitiba: Juruá, 2003. p. 79-80.

¹⁵² LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**: direito de família, relações de parentesco e direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.

criança, cabendo verificar a vantagem real para o adotante no caso concreto para deferir ou não a medida.

No tocante ao estado civil do adotante, o ECA dispõe que este é independente, nos termos do art. 42. Portanto, os solteiros, separados, divorciados, viúvos, podem adotar livremente, por não ter sido considerado importante o tipo de família (monoparental ou biparental) que a criança ou adolescente venha a constituir, desde que lhe seja garantido um ambiente familiar. Entretanto, nos casos em que a adoção é conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou que mantenham união estável com a comprovação de estabilidade familiar, nos moldes do parágrafo 2º do supramencionado artigo.¹⁵³

Desse modo, diante do reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos pelo STF¹⁵⁴, constata-se que pessoas homossexuais em conjunto podem, em teoria, vir a adotar, sem obstruções. Ademais, a lei sequer faz menção à diversidade dos sexos na união, para o deferimento da medida, o que leva a crer ainda mais na possibilidade da sua aplicação em tais condições, uma vez que respeitados os demais requisitos.

Ainda no contexto do estado civil, Maria Helena Diniz¹⁵⁵ afirma que se os divorciados, os separados (judicial ou extrajudicialmente), e os ex-companheiros resolverem adotar conjuntamente, poderão, se o estágio de convivência com o adotado tiver iniciado durante o período de convivência, e se o não detentor da guarda comprovar a existência de “vínculos de afinidade e de afetividade” com o adotado. Ainda, o ex-casal necessita realizar acordo sobre a guarda do menor e o regime de visitas, a fim de garantir o contínuo convívio familiar, e, por fim, demonstrar o efetivo benefício ao adotando, conforme previsto nos parágrafos 4º e 5º do art. 42 do ECA.

Acerca da compatibilidade do adotante com a adoção, é requisito básico e fundamental que este apresente ambiente familiar adequado para receber o adotado, conforme explicita o art. 29 do ECA. Pessoas dependentes químicas, ou praticantes de abuso sexual, maus tratos, entre outros delitos, são impossibilitadas de adotar, com escopo de garantir o respeito à dignidade e integridade do adotando. Salienta-se que a questão não gira apenas em torno da esfera penal, cabendo à

¹⁵³ FERREIRA, 2010, p. 55.

¹⁵⁴ BRASIL, 2011.

¹⁵⁵ DINIZ, 2010, p. 528.

equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude avaliar caso a caso, antes e durante o processo adotivo.¹⁵⁶

Por último, é necessário que os adotantes domiciliados no Brasil apresentem petição inicial para a habilitação, nos moldes do art. 197-A do ECA, devendo conter: a qualificação completa; dados familiares; cópias autenticadas da certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; comprovante de renda e domicílio; atestados de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais; e certidão negativa de distribuição cível. Tais dados comprovam todos os requisitos básicos acima elencados para a possível adoção.¹⁵⁷ Vale ressaltar que não pode haver adoção por procuração no ato da adoção.¹⁵⁸

3.4.2 Referente aos adotados

De modo geral, o adotando deve contar, no máximo, dezoito anos, ao requerer sua adoção, nos termos do art. 40 do ECA. Acima desta idade, a adoção deverá ser processada pelo CC. Contudo, há exceção no prazo do pedido, se o adotando já estiver na guarda dos adotantes. Importante destacar que o pedido deve ser feito antes do adotando completar vinte e um anos, apesar de não conter expressamente tal pressuposto, pois, no parágrafo único do art. 2º da mesma lei, fica claro que a adoção tem limite naquela idade para ser regida pelo ECA.¹⁵⁹

O consentimento do adotante também é condição para a adoção, se este contar com mais de 12 anos. O adotante deverá manifestar sua anuência em audiência, como prevê o art. 28, parágrafo 2º do ECA. Ainda, sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada, conforme

¹⁵⁶ FERREIRA, 2010, p. 56-57.

¹⁵⁷ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 115.

¹⁵⁸ SANTOS, Ozéias J. **Adoção**: novas regras da adoção no estatuto da criança e do adolescente. Campinas: Syslook, 2011. p. 18.

¹⁵⁹ GRANATO, 2003, p. 73.

parágrafo 1º do artigo citado acima.¹⁶⁰ Luiz Antonio Miguel Ferreira¹⁶¹ aduz, inclusive, que a discordância do adotado, com mais de 12 anos, implica em improcedência, todavia, sua divergência não absoluta, devendo ser considerados os demais requisitos e, principalmente, se a adoção trará efetivo benefício.

O mesmo autor disserta que os grupos de irmãos devem ser colocados em adoção na mesma família substituta, de acordo com a previsão do parágrafo 4º do art. 28 do ECA, a fim de diminuir os efeitos do instituto. A exceção à regra acontece nos casos em que é “comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.”¹⁶²

3.4.3 Demais condições para adoção

Antes de ser efetivada a adoção, a criança ou o adolescente, ao adentrar em um novo lar, precisam de um período para adaptação, ou seja, necessitam de um estágio de convivência com os adotantes, para que ocorra uma aproximação íntima e afetiva entre eles. Tal etapa é significativa, pois a adoção é irrevogável, razão pela qual se encontra descrita no art. 46 do ECA. Contudo, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo, a fase de convivência pode ser dispensada se o adotado já estiver sob tutela do adotante por tempo suficiente para julgar uma relação com vínculo afetivo entre ambos.¹⁶³

Outro requisito também essencial é o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, vez que a medida atinge diretamente a relação parental. A anuência dos pais só poderá ser dispensada quando sejam estes desconhecidos, falecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar, conforme descreve o parágrafo 1º do art. 45 do ECA.¹⁶⁴

¹⁶⁰ DINIZ, 2010, p. 529-530.

¹⁶¹ FERREIRA, 2010, p. 58-59.

¹⁶² FERREIRA, op. cit., p. 59.

¹⁶³ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 115-116.

¹⁶⁴ FERREIRA, op. cit., p. 63.

Cabe acrescentar que o consentimento e sua ocasional dispensa só serão possíveis nos casos referentes a pedido de adoção formulados consensualmente. Na discordância dos pais biológicos na aplicação do instituto, o deferimento da adoção só será válido se houver provas de condutas que justifiquem a destituição do poder familiar, como estabelece o art. 166 do ECA. Ou seja, se os pais oferecerem resistência, o requisito poderá ser suprido pela sentença judicial, que decretará a perda do poder familiar.¹⁶⁵

É também condição a intervenção jurisdicional, haja vista que atualmente a adoção é realizada por intermédio de uma “ação de adoção”. Por tal razão, há em todas as comarcas um registro de pessoas que desejam adotar, as quais serão analisadas psicossocialmente. Se estes indivíduos demonstrarem-se aptos para adotar, seus nomes irão para o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), sendo respeitada a ordem cronológica.¹⁶⁶

3.5 COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO

Como já exposto anteriormente, quem disciplina as regras referentes à adoção de menores, bem como do cadastro dos pretendentes à adoção, é o ECA. A tramitação destes processos e procedimentos possui prioridade absoluta, sob pena de responsabilidade, conforme prevê o art. 151, parágrafo único, do ECA, introduzido pela Lei nº 12.010/09.¹⁶⁷

No tocante ao processo de adoção, este é simples e rápido, finalizando-se num período médio de nove meses. No entanto, o processo de consentimento dos pais biológicos ou de destituição do poder familiar, é lento e burocrático.¹⁶⁸ Ademais, cada procedimento respeita uma forma de tramitação, de acordo com a situação dos genitores do adotando e se este for maior de 18. Serão analisados, de forma resumida, os processos relativos aos menores de 18 anos.¹⁶⁹

¹⁶⁵ FERREIRA, 2010, p. 64.

¹⁶⁶ SANTOS, 2011, p. 18.

¹⁶⁷ FERREIRA, op. cit., p. 87.

¹⁶⁸ SANTOS, op. cit., p. 28.

¹⁶⁹ FERREIRA, loc. cit.

Estes se dividem em aqueles que os pais são falecidos, desconhecidos ou destituídos do poder familiar, ou consentem com o pedido, guiando-se, então no rito do art. 166 e seguintes do ECA. E, nos casos em que os pais não concordam, ou estiverem em lugar ignorado (desaparecidos), ou não estão destituídos do poder familiar, respeitando a ordem do art. 169 c/c arts. 155 e 163 do ECA. Em ambas as condições, a competência é da Vara da Infância e da Juventude, onde o pedido será conhecido e julgado, nos termos do art. 148, inciso III, do ECA.¹⁷⁰

No tocante ao cadastro de pessoas interessadas em adotar, os pretendes deverão se dirigir à Vara da Infância e da Juventude de sua comarca, onde procurarão a divisão do serviço social, que lhes orientará sobre os procedimentos de habilitação para adoção, e também da necessidade de se inscrever no referido cadastro, o qual, cabe ressaltar, é gratuito. Em relação ao tempo, este depende diretamente do perfil de criança desejada.¹⁷¹

O CNA, criado pelo Conselho Nacional de Justiça, tem por objetivo elencar crianças e adolescentes habilitados à adoção, com poder familiar destituído. Busca auxiliar os juízes no decorrer dos processos de adoção, a fim de torná-los mais rápidos e menos burocráticos. O cadastro “visa à uniformização de todos os bancos de dados sobre crianças e adolescentes aptos a adoção e pretendentes existentes no Brasil”¹⁷², sendo que “conviverá harmonicamente com os cadastros locais e estaduais”, como no cadastro acima citado.¹⁷³

3.6 CONSEQUÊNCIAS DO ATO

No momento em que é publicada a sentença judicial deferindo a adoção, a decisão gera efeitos jurídicos, tanto da ordem pessoal quanto patrimonial.

Entende Maria Helena Diniz¹⁷⁴ que se encaixam como os efeitos de ordem pessoal o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem quando da inscrição da adoção no Registro Civil, com exceção dos

¹⁷⁰ FERREIRA, 2010, p. 87.

¹⁷¹ SANTOS, 2011, p. 46.

¹⁷² BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumis Júris, 2010. p. 142.

¹⁷³ BITTENCOURT, loc. cit.

¹⁷⁴ DINIZ, 2010, p. 549.

impedimentos matrimoniais (art. 41 do ECA). Ozéias Santos complementa que por tal motivo “a adoção tem caráter irrevogável, de forma que o vínculo jurídico com a família biológica jamais se restabelece, mesmo com a morte dos pais adotivos”¹⁷⁵, no que o adotado adquire direitos como se filho biológico fosse, inclusive à herança.

Alia-se a esta consequência, o estabelecimento de verdadeiros laços de parentesco civil entre o adotado e adotante e sua família, salvo os efeitos matrimoniais. Com isso, ocorre a transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar para o adotante.¹⁷⁶ O vínculo atribuí, portanto, ao adotado a condição de filho, podendo desfrutar de todos os direitos e obrigações oriundos desta relação familiar.¹⁷⁷

Nos termos do parágrafo 1º, do art. 47, do ECA, a inscrição no registro civil do adotado também gerará a consignação do nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus descendentes.¹⁷⁸ A sentença conferirá, ainda, ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer um deles, a modificação do prenome, ou seja o nome do adotando, nos moldes do parágrafo 5º, do art. 47, do mesmo diploma.¹⁷⁹

Em relação aos efeitos jurídicos patrimoniais, ressalta-se o dever do adotante de prestar alimentos ao adotado e vice-versa, em razão do direito de prestação de alimentos ser recíproco entre pais e filhos, e por estar o adotado diretamente vinculado à família do adotante.¹⁸⁰ A garantia é fruto do previsto no art. 227, parágrafo 6º, e do art. 229 da CRFB e do art. 1.696 do CC.¹⁸¹

Na esfera sucessória, como assinala Washington de Barros Monteiro¹⁸², “os filhos adotivos se equiparam aos consangüíneos.” Isto é, nas palavras de Luiz Antônio Miguel Ferreira¹⁸³, “o adotado passa a ser herdeiro legítimo do adotante, concorrendo em igualdade de condições na ordem de vocação hereditária com os demais descendentes e o cônjuge”, conforme estabelecido no art. 1.829 do CC e parágrafo 2º, do art. 41, do ECA. Salienta-se que a questão sucessória sofreu

¹⁷⁵ SANTOS, 2011, p. 13.

¹⁷⁶ DINIZ, 2010, p. 550.

¹⁷⁷ FERREIRA, 2010, p. 119.

¹⁷⁸ VENOSA, 2004, p. 357.

¹⁷⁹ FERREIRA, loc. cit.

¹⁸⁰ DINIZ, op. cit., p. 543.

¹⁸¹ FERREIRA, op. cit., p. 122.

¹⁸² MONTEIRO, 2004, p. 336.

¹⁸³ FERREIRA, op. cit., p. 122-123.

importante modificação na legislação, visto que há pouco tempo o adotado era discriminado nesta área, o que hoje não mais ocorre.

Vale destacar que as consequências jurídicas, tanto pessoais quanto patrimoniais, têm efeito *ex nunc*, ou seja, iniciam-se com o trânsito em julgado da sentença, com exceção nos casos em que o adotante vier a falecer durante o processo de adoção. Na adoção *post mortem*, já conceituada anteriormente, a decisão terá força retroativa à data do óbito, produzindo efeito *ex nunc*, como bem exposto nos parágrafos 6º e 7º, do art. 42, do ECA.¹⁸⁴

3.7 MODALIDADES DE ADOÇÃO

É certo que nos dias de hoje, após o advento do ECA, das reformas no CC, e da vigência da Lei nº 12.010/09, não existem mais distinções no instituto da adoção, tais como eram antigamente classificadas em simples ou plena. Porém, a adoção sofreu alterações na sua constituição em virtude da própria evolução da família. A entidade familiar recebeu novo conceito na Carta Magna de 1988, no parágrafo 4º, do art. 226, tendo o ECA enrijecido tal definição, agregando o conceito de família substituta e família extensa ou ampliada.¹⁸⁵

Acerca do tema, vale relembrar os conceitos das famílias naturais e substitutas. Determina-se família natural aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, e por família extensa ou ampliada, a que vai além dos pais e filhos ou somente do casal, para os parentes próximos, com os quais a criança ou adolescente convive e mantém laços de afinidade e afetividade (art. 25 do ECA).¹⁸⁶

Já a família substituta, de acordo Sávio Bittencourt¹⁸⁷, “é uma medida protetiva aplicável quando sua permanência na família de origem importar em risco de lesão” aos direitos da criança ou adolescente, “pela ação ou omissão dos

¹⁸⁴ DINIZ, 2010, p. 544-545.

¹⁸⁵ FERREIRA, 2010, p. 64-65.

¹⁸⁶ SANTOS, 2011, p. 46.

¹⁸⁷ BITTENCOURT, 2010, p. 111.

genitores.”¹⁸⁸ Existem três modalidades para inserção destes na família: a guarda, a tutela e a adoção.

Dito isso, examinar-se-ão os principais tipos de famílias substitutas, que acarretam, dependendo da “situação do pretendente ou da qualidade do adotando”, características próprias, que em nada alteram o fundamento do instituto, mas recebem diferentes nomeações.¹⁸⁹

A adoção singular se configura como sendo “aquela que pode ser realizada por qualquer pessoa maior e capaz”¹⁹⁰, tais como “o homem ou mulher solteiros, divorciados”¹⁹¹, juridicamente separados, separados de fato, e viúvos. Isto é, representa uma adoção individual, formada por uma única pessoa, que constituirá uma família monoparental. Em sentido contrário, a adoção conjunta, que se refere à formalizada por dois conviventes, comprovada sua união estável e estabilidade familiar (art. 42, parágrafo 2º, do ECA).¹⁹²

Nos casos em que se forma um novo núcleo familiar, em que um dos companheiros ou cônjuges possua filhos de uniões anteriores ou somente um deles, e estes desejem adotar o filho do outro parceiro, verifica-se a adoção unilateral. Estabelece-se uma “biparentalidade fática” do filho com o genitor biológico. Esta modalidade está prevista no art. 41, parágrafo 1º, do ECA.¹⁹³

Tem-se, também, a adoção internacional, que se constitui de estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior que pretendem adotar um indivíduo residente no Brasil. A lei manifesta-se preferencialmente pela adoção nacional, por gerar extremas preocupações no tocante ao tráfico internacional de criança.¹⁹⁴ Os requisitos essenciais para este tipo de adoção encontram-se previstos na Convenção de Haia, em 1993, e são seguidas pela legislação nacional, em consonância com a CRFB (art. 227, parágrafo 5º).¹⁹⁵

Há, ainda, a adoção *intuitu personae*, a qual se trata de uma modalidade em que, de forma resumida, os pais biológicos da criança ou do adolescente escolhem ou manifestam a vontade de que seu filho seja adotado por determinada pessoa. Tal forma causa polêmica no meio jurídico, vez que para adotar, os

¹⁸⁸ BITTENCOURT, 2010, p. 111.

¹⁸⁹ FERREIRA, 2010, p. 65.

¹⁹⁰ Ibid., p. 66.

¹⁹¹ FERREIRA, loc. cit.

¹⁹² FERREIRA, loc. cit.

¹⁹³ DIAS, 2007, p. 432.

¹⁹⁴ COELHO, 2010, p. 183.

¹⁹⁵ FERREIRA, op. cit., p. 71.

pretendentes devem ser considerados aptos, através da realização de entrevista e estudo social, o que nem sempre ocorre nestes casos. No entanto, é possível quando demonstrar benefício efetivo ao adotando.¹⁹⁶

Já a adoção *post mortem*, é “aquela que se dá após a morte do adotante, quando este manifestar de forma inequívoca o seu desejo de adotar aquela pessoa”¹⁹⁷, dentro do que foi prescrito pelo ECA, no seu parágrafo 6º, do art. 42. Só é cabível quando a ação de adoção tenha sido proposta antes da morte do adotante, de maneira que os efeitos da sentença constitutiva retroagirão (*ex nunc*), a fim de não romper os vínculos já estabelecidos entre o adotado e o adotante.¹⁹⁸

Concluindo, cita-se a adoção homoafetiva, que constitui uma adoção conjunta por casal homossexual. A modalidade já vinha sendo aceita de forma moderada pelos tribunais com base no dever de equiparação legal dos direitos, independente da orientação sexual dos cidadãos, desde que os pretendentes atendessem aos melhores interesses da criança. Com efeito, após o reconhecimento da união estável pelo STF, houve novas mudanças no tema, de forma que este será analisado com maior profundidade no próximo capítulo, como se verá a seguir.

¹⁹⁶ DIAS, 2007, p. 432.

¹⁹⁷ BITTENCOURT, 2010, p. 25.

¹⁹⁸ BITTENCOURT, loc. cit.

4 DA (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

O tema, apesar de não ser deveras novo, ainda acarreta polêmica no meio jurídico e divide opiniões. Em tempo, como bem pontua Maria Berenice Dias¹⁹⁹, não se vislumbra óbice legal para o deferimento da adoção por pessoa homossexual, visto que é crescente o número de homoafetivos que adotam unilateralmente crianças, sem que seja levada em consideração sua orientação sexual.

A real dúvida, porém, paira ao redor da possibilidade de adoção por um casal homossexual. A princípio demonstra-se, no mínimo, preconceituosa e discriminatória a decisão que negue a adoção a um par homossexual, baseada, pura e simplesmente, no contexto da união do casal e sua orientação sexual. Entretanto, com base na lei, a adoção só é conferida a duas pessoas conjuntamente se forem casadas ou viverem em união estável, de modo que este requisito apresentava impedimento para casais homoafetivos, tendo em vista que até maio deste ano, os precedentes judiciais divergiam sobre o seu reconhecimento como união estável.²⁰⁰

Em que pese o STF ter tutelado os casais homoafetivos como entidade familiar, o tema não é totalmente pacífico, vez que ainda muitos juristas e promotores indeferem a adoção a casais homoafetivos, por diversas justificativas. Em análise a outros países, nas palavras de Sylvia Maria Mendonça Amaral²⁰¹:

A adoção é sempre um direito analisado à parte dos demais direitos concedidos aos casais homossexuais. De um lado estão todos os direitos concedidos em decorrência da união estável e do casamento permitidos por lei em diversos países. De outro lado está o direito à adoção por esses casais.

Seguindo esta trilha, vislumbra-se que, apesar de a relação homoafetiva ter sido reconhecida no Sistema Judiciário, no que lhe são proporcionados os mesmos direitos advindos da união estável, o referido Poder não se posicionou

¹⁹⁹ DIAS, 2007, p. 440.

²⁰⁰ BITTENCOURT, 2010, p. 146.

²⁰¹ AMARAL, Sylvia Maria. **Direitos de casais homossexuais e a adoção**. 2011. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/noticia-23839-direitos-casais-homossexuais-e-font-coloredstrongadocastrongfont-artigo-sylvia-maria-mendonca-do-a>>. Acesso em: 14 set. 2011.

acerca da adoção por estes casais, tampouco a esfera legislativa, razão pela qual a medida deve ser analisada isoladamente.²⁰²

Além disso, por mais que a união homossexual tenha sido tutelada pelo STF, esta não possui uma lei regulamentando-a, ou seja, ainda não se encontra plenamente permitida, o que abre brechas para diferentes interpretações no tocante à sua natureza jurídica pelo ordenamento em geral.

Com este pano de fundo, serão analisadas as diferentes vertentes referentes ao âmbito jurídico em que a relação entre pessoas do mesmo sexo é considerada legal, para posterior análise do pedido de adoção por estes.

4.1 NATUREZA JURÍDICA

A ausência de legislação e decisões do STF, regulamentando a união homoafetiva antes de maio de 2011, proporcionava maior espaço para indeferimentos de pedidos de adoção para casais homossexuais, pois é cristalina a ligação do instituto com a entidade familiar.²⁰³

A decisão do STF, ao abarcar como união estável a união entre os casais homoafetivos, corroborou o que muitos autores já haviam afirmado, de que esta relação trata-se, sim, de um núcleo familiar, devendo gozar de todos os direitos dela inerentes.

Por outro lado, há, ainda, muitos magistrados e doutrinadores que continuam a caracterizar a união homoafetiva como sociedade de fato, mesmo após o reconhecimento como entidade familiar pelo STF, por crer que um dos requisitos essenciais para a configuração da união estável é a diversidade de sexos, o que exclui os homossexuais deste instituto.

Com isso em vista, faz-se necessário destacar as correntes acerca da natureza jurídica da união homoafetiva no Direito Brasileiro, vez que a opinião dos doutrinadores é divergente nesta temática. Alguns afirmam tratar-se de direito obrigacional, devendo ser tramitado na Vara Cível, enquanto outros acreditam ser do

²⁰² AMARAL, 2011.

²⁰³ SANTOS, 2011, p. 125-128.

âmbito do Direito de Família, processando-se, então, na Vara de Família, como será visto a seguir.

4.1.1 Direito obrigacional

A falta de previsão legal fez com que muitos julgadores reconhecessem as uniões homoafetivas apenas na esfera obrigacional do direito e, ainda, somente quando houvesse “prova inequívoca de contribuição dos parceiros para a formação do patrimônio comum que se encontrava formalmente em nome de um só deles.”²⁰⁴

Os magistrados que defendem esta corrente argumentam que não é possível o reconhecimento da união homoafetiva como estável - com base no art. 226, parágrafo 3º, da CRFB -, pela ausência de requisito para sua configuração, no tocante à necessidade da convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, inclusive com possibilidade de convertê-la em casamento, o que não se poderia caracterizar entre duas pessoas do mesmo sexo.²⁰⁵

Maria Berenice Dias²⁰⁶ afirma que a jurisprudência no Brasil, ainda, é propensa a reconhecer somente a existência de uma sociedade de fato, com fundamento no art. 981 do CC, negando-se, portanto, a origem do vínculo afetivo da união, que não se caracteriza como uma comunhão de bens e serviços resultantes do exercício de uma atividade econômica.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é um dos tribunais que, por muito tempo, posicionou-se neste sentido, conforme se vislumbra na decisão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. UNIÃO HOMOAFETIVA. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR. VARA CÍVEL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. RECURSO PROVIDO.

[...]

Os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar têm como elemento estrutural - Requisito de existência, portanto - A dualidade de sexos. Assim dispõe a declaração universal dos direitos humanos em

²⁰⁴ WALD, 2005, p. 337.

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 599348562**, de Porto Alegre. Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre, RS. Julgado em: 11-10-2001. 2001a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

²⁰⁶ DIAS, 2009, p. 137.

seu preâmbulo e no item 1 do artigo 16. No mesmo sentido a constituição brasileira promulgada em 05/outubro/1988 (artigo 226 e seus parágrafos), o Código Civil de 2002 e Lei n.º 9.278, de 10/maio/1996, que regulamenta o parágrafo 3º do artigo 226 da CF. 6 - As entidades familiares, decorram de casamento ou de união estável ou se constituam em famílias monoparentais, têm como requisito de existência a diversidade de sexos. Logo, entre tais institutos, que se baseiam em união heterossexual, e as uniões homossexuais sobreleva profunda e fundamental diferença. A distinção existente quanto a elementos estruturais afasta a possibilidade de integração analógica que possibilite regulamentar a união homossexual com base em normas que integram o direito de família. 7 - As uniões homossexuais, considerando os requisitos de existência que a caracterizam e que permitem identificá-las como parcerias civis, guardam similaridade com as sociedades de fato. Há entre elas elementos de identidade que se destacam e que justificam a aplicação da analogia. 8 - Entre parcerias civis e entidades familiares há fator de diferenciação que, em atenção ao princípio da igualdade substancial, torna constitucional, legal e legítima a definição do juízo cível como competente para processar e julgar demandas relativas a uniões homossexuais, que sujeitas estão ao conjunto das normas que integram o direito das obrigações.²⁰⁷

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também, adotou o entendimento pela sociedade de fato, como se demonstra no julgado do Agravo de Instrumento n. 1.0702.03.094371-7/001, ao manifestar-se pela impossibilidade jurídica do pedido de declaração de união estável por pessoas do mesmo sexo, por considerar entidade familiar, na constituição da união estável, o vínculo afetivo entre homem e mulher.²⁰⁸

Ressalta-se que o reconhecimento da união homoafetiva como sociedade de fato nasceu da luta pelos acessos patrimoniais e outros direitos sobre as uniões concubinárias, visto que estas garantiram a proteção jurídica às uniões livres, que antes sequer eram analisadas.²⁰⁹ Os tribunais passaram a deferir alguns efeitos patrimoniais a estas uniões, sem analisar o relacionamento como uma relação semelhante ao casamento, com intuito de coibir unicamente que o acervo adquirido durante a vigência da “sociedade” não ficasse apenas com um dos sócios, gerando enriquecimento injustificado.²¹⁰

A aceitação deste instituto no sistema jurídico foi um grande passo para a ordem jurídica brasileira no tocante a uniões homoafetivas, contudo não foi o suficiente.²¹¹ O elemento caracterizador da sociedade de fato é o propósito comum,

²⁰⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2009.048923-4**, da Capital. Rel. Des. Fernando Cariori. Florianópolis, SC. Julgado em: 22-02-2010. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

²⁰⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0702.03.094371-7/001**. Rel. Des. Caetano Levi Lopes. Julgado em: 22-03-2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

²⁰⁹ PERES, 2006, p. 40.

²¹⁰ DIAS, 2009, p. 137.

²¹¹ MOREIRA, 2010, p. 80.

enquanto nas relações familiares se prestigiam relações de afeto, o que, conseqüentemente, faz com que as ações referentes a direitos obrigacionais tramitem apenas na Vara Cível e não na Vara da Família.²¹²

Desta forma, os direitos decorrentes da sociedade de fato são apenas patrimoniais, não sendo assegurados outros direitos extremamente fundamentais, como de pleitear alimentos, tampouco direitos sucessórios, como herança, meação, direito real de habitação, usufruto, benefícios previdenciários etc. O companheiro pode vir a requerer parte do patrimônio adquirido durante a união, mediante comprovação de ajuda mútua, nos termos da súmula 380 do STF, o que gera resultados catastróficos.²¹³

4.1.2 Direito de família

Diante do contínuo silêncio do legislador e dos tribunais em reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, vez que só era vista como sociedade de fato, a comunidade homossexual, a fim de obter respeito por sua sexualidade, passou a exigir direitos a partir da discussão da principiologia constitucional e da força normativa da CRFB.

Portanto, tendo o direito se defasado na missão de acompanhar as transformações sociais advindas do avanço entre as relações afetivas, principalmente das relações homoafetivas, normatizando e regulamentando-as a fim de torná-las compatíveis com a realidade social, cabe aos magistrados julgar tais pedidos, vez que não podem esquivar de decidi-los, no que se utilizaram, portanto, dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes para resolvê-los, como assim prescreve o art. 4º da Lei de Introdução ao CC.²¹⁴

Os princípios gerais de direito, como ressalta Dimitri Dimoulis²¹⁵, “devem nortear a aplicação do direito, permitindo solucionar uma questão conforme os

²¹² PERES, 2006, p. 40.

²¹³ CHAVES, 2011b, p. 162.

²¹⁴ PERES, 2006, p. 89-90.

²¹⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**: definição e conceitos básicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 207-208.

valores e o ‘espírito’ do ordenamento jurídico”, servindo como uma orientação geral para o magistrado diante de lacunas nas normas escritas.

Salienta-se que desde a dogmática moderna, os princípios são dotados de normatividade, tendo a função de atuar vastamente no ordenamento, com ação imediata, interpretando e integrando o texto constitucional. Tal valoração decorre do destaque dado na CRFB de 1988 aos direitos fundamentais, que foram equiparados a princípios.²¹⁶

O princípio da dignidade humana, como exposto por diversas vezes neste trabalho, é o fundamento de maior valor na CRFB, servindo de orientação para todo ordenamento jurídico. Além disso, deste princípio, decorrem muitos outros, com objetivo de garantir sua aplicação, como o princípio da igualdade e da liberdade, os quais servem de suporte para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, de acordo com o que preceitua um Estado Democrático de Direito.²¹⁷

Como discursa Maria Berenice Dias²¹⁸, a ligação entre o princípio da “dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitucionais de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, III, da CRFB.” Em referência ao princípio da liberdade, a autora acrescenta que “o valor da pessoa humana assegura o poder de cada uma exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo.”²¹⁹

Dessa forma, as características subjetivas da personalidade de cada indivíduo, como a sexualidade, são consideradas bens fundamentais para a existência destas, sendo, por isso, protegidos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual foi recepcionada pelo sistema jurídico brasileiro. Por tal razão, os traços de foro íntimo (afetivo, psíquico, emocional) possuem especial proteção do Estado, sendo vedada legalmente a discriminação ou o tratamento preconceituoso.²²⁰

Em consonância com o relatado, o princípio da liberdade caracteriza-se na ideia do direito à privacidade, intimidade, livre exercício da vida privada, ou seja, baseia-se no poder de realizar, sem qualquer intervenção, suas “próprias escolhas

²¹⁶ PERES, 2006, p. 89.

²¹⁷ DIAS, 2009, p. 102-103.

²¹⁸ Ibid., p. 74-75.

²¹⁹ DIAS, op. cit., p. 74-75.

²²⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 98.

individuais”, como nos seus planejamentos, com quem decide conviver, que carreira seguir, desde que de acordo com o seu livre arbítrio.²²¹

Derivado do mesmo pensamento, o princípio da igualdade, unido à proteção da dignidade da pessoa humana, forma também um dos pilares para a garantia dos direitos individuais e sociais dos cidadãos, devendo, portanto, ser assegurado e estendido a todos.²²² A isonomia é identificada como um “trato igual aos iguais e desigual aos desiguais, em conformidade com sua desigualdade”, de forma, que invés de valorizar apenas a “identidade humana comum”, deve-se considerar também as demais diferenças entre as pessoas. Em resumo, a igualdade visa o direito de ser diferente, sem que a pessoa sofra discriminação por isso.²²³

Com isso em vista, no momento em que é vedado o reconhecimento da união homoafetiva como estável, em razão de sua orientação e da diversidade de sexos, demonstram-se violados gravemente os fundamentos da liberdade e isonomia da pessoa homoafetiva e, conseqüentemente, sua dignidade, sendo tal conduta, portanto, inconstitucional.²²⁴

O Direito de Família não pode se afastar dos preceitos constitucionais, os quais impõem obediência aos valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Observa-se que ao não tutelar a união homoafetiva como entidade familiar, o mais precioso princípio, o da dignidade de pessoa humana – do qual derivam todos os demais, como o da igualdade e da liberdade – é violado. Sem contar o desrespeito a um dos objetivos da República, o do combate à discriminação e preconceito.²²⁵

Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o reconhecimento da união homoafetiva:

O conflito negativo de competência é de ser julgado procedente, pois na hipótese dos autos, em que se busca na ação declaratória o reconhecimento e a declaração de uma união estável, embora entre pessoas do mesmo sexo, tem-se que a competência para conhecer da matéria está afeta à Vara de Família, e não à Vara Cível, como pretende fazer crer o Juiz Suscitado. Data vênua ao entendimento do douto Juízo Suscitado, não há mais como não se reconhecer que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma realidade nos dias atuais e não pode, o operador do Direito, à custa de manter intacto determinado dispositivo legal, manter à margem do Direito e da própria sociedade os anseios daqueles que não se enquadram no conceito tradicional de família.

²²¹ CHAVES, 2011b, p. 72.

²²² FONTANELLA, 2006, p. 49.

²²³ DIAS, 2009, p. 117.

²²⁴ PERES, 2006, p. 110-111.

²²⁵ DIAS, op. cit., p. 137.

Com efeito, tanto a lei ordinária (art. 1º da Lei nº 9.278/96) como o dispositivo constitucional (art. 226, § 3º) estabelecem que é reconhecida como entidade familiar a união estável mantida entre um homem e uma mulher, motivo pelo qual sustenta parte da doutrina que não poderia haver união estável entre homossexuais. E, tal foi recepcionado pelo atual Código Civil, em seu art. 1.723. No entanto, não **reconhecer a existência de união mantida entre pessoas do mesmo sexo também afronta o texto constitucional, pois atentaria contra os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios estes que fundamentam o Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/88). Ademais, a opção sexual de cada indivíduo é um direito personalíssimo seu e qualquer discriminação nesse sentido afrontaria o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada** (art. 5º, X). (Grifo nosso).²²⁶

A utilização dos princípios pelos tribunais serviu também para a aplicação da analogia: “forma integrativa de um fato existente e que não está regulamentado no sistema jurídico”.²²⁷ Isto é, usando-se como comparação institutos com características idênticas no caso concreto, os quais regulam as relações familiares, restou verificado que a união homoafetiva mostrou-se muito semelhante à união estável e ao casamento, vez que todas possuem o mesmo objetivo, a busca pela felicidade. Por ser considerada como injustificada a diversidade de sexos como pressupostos para configuração da família, os magistrados passaram a reconhecer a união homoafetiva como núcleo familiar, sendo regulada na Vara de Família.

Uma das primeiras decisões, neste sentido, ocorreu em 14 de março de 2001, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²²⁸, que, em face da omissão legal, aplicou a legislação que regula as uniões extramatrimoniais, garantindo direitos sucessórios à relação homoafetiva, tendo como fonte a lei que formaliza a união estável. A decisão determinou a divisão igualitária dos bens patrimoniais do casal durante o seu período de convivência, diante de presunção de contribuição mútua no “estado condominial”. Este julgamento foi o marco no direito homoafetivo, de forma que muitos juízes passaram a utilizar a analogia como fundamento para garantir a proteção legal dessas famílias.²²⁹

Nas palavras do Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis:

²²⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo n. 414037-4**, de Curitiba. Rel. Des. Mário Rau. Curitiba, PR. Julgado em 28-11-2007. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 02 out. 2011.

²²⁷ DIAS, 2009, p. 153.

²²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 7000138898**. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, RS. Julgado em: 14-03-2001. 2001b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 28 set. 2011.

²²⁹ DIAS, 2009, p. 137.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Destarte, o princípio que deve nortear a questão deve ser o mesmo que se aplica às uniões estáveis ou às sociedades de fato, cuja competência para o seu conhecimento é da Vara de Família.²³⁰

O Poder Judiciário começou então a se orientar pelo uso do chamado “realismo jurídico”, a fim de tornar a ordem jurídica mais justa para aqueles cidadãos colocados à margem da sociedade, diante da ausência de legislação acerca dos direitos dos homossexuais. O realismo jurídico, na opinião de Figueredo,²³¹ compreende “o direito à realidade social, sustentando que a obediência à norma decorre do respaldo social para a sua eficácia, e não da determinação advinda da criação formal.”

Assim, no intuito de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, as quais normalmente antecedem à lei, os tribunais passaram a reconhecer a semelhança entre a união estável e a união homoafetiva, desconsiderando o requisito da dualidade de sexos, por verificar-se que, independente da sexualidade, ambos têm origem no afeto. As duas uniões têm identidade de propósitos, qual seja a concretização da felicidade de cada envolvido, fundada na assistência mútua, com objetivo de constituir família.²³²

4.2 INOVAÇÃO PELA DECISÃO DO STF

O julgamento do STF sobre a ADI n. 4.277 e a ADPF n. 132, propostos, sequencialmente, pela PGR e pelo governo do Rio de Janeiro, realizado no dia 05 de maio de 2011, os quais tratavam, de modo geral, do mesmo tema, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar,

²³⁰ RIO GRANDE DO SUL, 2001b.

²³¹ FIGUEREDO apud SILVA JÚNIOR, 2007, p. 154.

²³² CHAVES, 2011b, p. 160.

acabou fazendo história no Brasil, principalmente no campo do Direito de Família e das uniões homoafetivas.²³³

As representações concluíam que o não reconhecimento da união homossexual como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira, priva aqueles que se encontram nesta orientação sexual de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, bem como revelam o desrespeito do Estado para com a identidade do indivíduo homossexual.²³⁴

Ademais, afirmam que a ausência de tutela importa lesão a preceitos fundamentais da CRFB, tais como o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica.²³⁵

Na decisão, todos os 10 Ministros votantes (Ayres de Britto, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie) posicionaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, no que reconheceram a “união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.”²³⁶ A decisão dirimiu dúvidas referentes ao assunto, visto que a manifestação da mais alta Corte do País foi homogênea e consensual pela conversão da união homossexual como união estável, tornando o seu reconhecimento constitucional.²³⁷

Logo no início da decisão, o Ministro Relator Ayres de Britto declarou em seu voto que a união entre pessoas do mesmo sexo é fundada no vínculo afetivo, duradouro e estável, de modo a ser compreendido como uma entidade familiar, merecendo, portanto, proteção jurisdicional. O ministro baseia sua deliberação no art. 3º, inciso IV, da CRFB, com objetivo de extinguir o preconceito e discriminação acerca do tema.²³⁸ De acordo com parte do texto do voto:

²³³ MARANHÃO, Gabriela. **Relações homoafetivas**: uniões de afeto. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Uni%C3%A3o%20homoafetiva:%20Afeto.pdf> Acesso em: 27 set. 2011.

²³⁴ BRASIL. 2011.

²³⁵ BRASIL. loc. cit.

²³⁶ CHAVES, 2011a.

²³⁷ CHAVES, loc. cit.

²³⁸ MARANHÃO, 2011.

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).²³⁹ (grifos no texto original)

Além disso, resumidamente, ao final da decisão, o Ministro deu grande enfoque ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, CRFB, expondo que todos têm o direito de expressar a sua sexualidade, a qual está intimamente relacionada com seu bem-estar, felicidade, autoestima, personalidade, sem que haja óbices, a fim de que seja possibilitada a realização pessoal de cada indivíduo.²⁴⁰ Conforme se vislumbra parte da decisão:

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.²⁴¹

Constata-se do julgamento do STF que as alegações discriminatórias e preconceituosas de que as uniões homoafetivas não constituem família não possuem mais guarida. Em que pese muitos grupos religiosos não aceitem o amor entre iguais, e serem, portanto, contrários ao seu reconhecimento como família, nada pode o Estado fazer, vez que é laico em suas fundamentações, devendo basear-se somente em estudos científicos, os quais, cabe ressaltar, comprovam que a relação em nada prejudica terceiros.²⁴²

Por fim, necessário destacar questão polêmica acerca da ideia de ativismo judicial pelo STF, o qual estaria a defrontar-se com o princípio da separação dos poderes. O questionamento foi rebatido por alguns ministros em seus

²³⁹ BRASIL, 2011.

²⁴⁰ MARANHÃO, 2011.

²⁴¹ BRASIL, loc. cit.

²⁴² SILVA JÚNIOR, 2011.

votos, que afirmaram que a medida se justifica quando aplicada com prudência e moderação e, em último caso, em situações em que há a completa omissão do poder Legislativo, como se demonstrou em relação à homoafetividade.²⁴³ Sobre o assunto, o Min. Celso de Mello aduz no julgamento:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.²⁴⁴

Ademais, sabe-se que o Congresso Nacional se mantém inerte por anos a diversos projetos relacionados à vasta comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT), no que deveria aproveitar a lição de cidadania oportunizada pelo STF para iniciar a regulamentação de matérias ainda omissas relativas à união homoafetiva, como, por exemplo, a adoção.²⁴⁵

4.3 RELEITURA DO PARÁGRAFO 2º DO ART. 42 DO ECA

A adoção por menores de idade, após o advento da “Nova Lei da Adoção”, como já relatado no capítulo anterior, deve reger-se segundo o ECA, como prevê o art. 39 da referida lei. Em relação à competência, a Justiça da Infância e Juventude deve conhecer os pedidos de adoção e seus incidentes, conforme inciso III do art.148. Sobre os requisitos para colocação em família substituta, elencados no art. 165, é expresso o uso da palavra “cônjuge” e “companheiro” para sua aceitação, quando feito em conjunto.²⁴⁶

Partindo dessa idéia, anteriormente ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF, o maior óbice para o deferimento da adoção por casais homossexuais tinha fulcro no parágrafo 2º, do art. 42, do ECA, que foi modificado com a promulgação da Lei nº 12.010/09, e dispõe que “para a

²⁴³ CHAVES, 2011a.

²⁴⁴ BRASIL, 2011.

²⁴⁵ SILVA JÚNIOR, 2011.

²⁴⁶ CHAVES, 2011b, p. 73.

adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”²⁴⁷

Da redação do supramencionado artigo, constata-se que para casais adotarem, é necessária a comprovação da estabilidade familiar, não sendo autorizada a adoção para casais de amigos, ou irmãos, por não terem como objetivo constituir uma família, e pelo impedimento de casamento, no tocante à última situação. A estabilidade familiar impõe a obrigação de uma “comunhão de vida entre os adotantes, com propósitos direcionados para o bem de todos os seus integrantes.”²⁴⁸

Por este motivo, não são poucos os casos em que casais homoafetivos não são aceitos em cadastros de adoção, e têm sua inicial indeferida por juízes, quando o pedido é formulado com o nome de ambos os parceiros, tendo base na “impossibilidade jurídica do pedido”, sem sequer dar oportunidade para realizar o estudo psicossocial.²⁴⁹ Vislumbram-se que os pares homossexuais eram vedados para adoção apenas pela letra da redação do parágrafo 2º, do artigo 42, do ECA, haja vista muitos julgadores acreditarem na interpretação restritiva da CRFB, não reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar pelo ordenamento jurídico.²⁵⁰

Na prática, o pedido de adoção era, na maioria das vezes, feito por apenas um dos companheiros, que se torna pai ou mãe como pessoa solteira, por não haver impedimentos acerca do estado civil do adotante quando feita por uma pessoa. Isto é, o pretendente fingia não possuir um companheiro estável, de forma que a justiça ignora o parceiro - bem como o fato de o pretendente ser homossexual – e concede a adoção. Mas essa situação se demonstra prejudicial para a criança no âmbito jurídico, em função da ausência de cumprimento de obrigação alimentar, se o casal vier a se separar, ou de direitos sucessórios, no caso do companheiro sem vínculo falecer.²⁵¹

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

²⁴⁸ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares et al.. **Nova lei de adoção comentada**: Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Leme: J. H. Mizuno, 2010. p. 124-125.

²⁴⁹ CHAVES, 2011b, p. 73.

²⁵⁰ DINIZ, Maria Aparecida Silva Matias. **Adoção por pares homoafetivos**: uma tendência da nova família brasileira. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=472>> Acesso em: 04 out. 2011.

²⁵¹ BITTENCOURT, 2010, p. 147-148.

Sobre o tema, importa salientar, como expõe Marianna Chaves²⁵²:

Tendo como afetividade e o melhor interesse do adotado como vetores, não cabe ao magistrado fazer distinções em virtude da orientação sexual dos companheiros homossexuais (que pleiteiam juntos a adoção), uma vez que a lei não o faz. Parece, contudo, que posturas subjetivas e pessoais de muitos magistrados da infância e da juventude, lhes têm servido de fundamento para não conceder oportunidade de um par homossexual entrar na “fila de adoção”, inviabilizando, desta maneira, o estudo psicossocial. Consequentemente, são indeferidas de pronto petições iniciais formuladas por casais gays ou lésbicas que, possuindo uma relação patentemente estável, desejam exercer a parentalidade, adotando um infante.

Por outro lado, alguns magistrados passaram a se valer da analogia como instrumento de integração legislativa (arts. 5º, da LICC e 126, CPP), aplicando a legislação da união estável aos pedidos de adoção pleiteados por casais de mesmo sexo, conferindo a estes direitos familiares, inclusive, a adoção, por entender haver um núcleo familiar naquela relação.²⁵³

Até porque, com base na vedação constitucional à discriminação (art. 3º, inciso IV, CF/88), e pela própria interpretação do constituinte, guiada pelos princípios, verifica-se que o ECA não faz qualquer menção à orientação afetivo-sexual dos requerentes para adoção, seja o pedido feito por uma ou duas pessoas, “sintonizado com a necessidade de não gerar discriminação injustificada”²⁵⁴, dando a possibilidade de interpretar a “adoção em favor de pessoas de orientação homossexual, seja enquanto solteiras, seja mediante a consideração da solidez da união (analogia com a união estável), para efeito de adoção em conjunto.”²⁵⁵

Em outro norte, é inegável que apesar de não haver proibição expressa do instituto aos casais homoafetivos, a falta de regulamentação do tema traz consequências, vez que a omissão causa insegurança jurídica, pois não existe uma norma a ser aplicada igualmente e de maneira uniforme para todos.²⁵⁶

A primeira mudança neste sentido veio com a inédita decisão do STF, em 05 de maio de 2001, julgando a ADI n. 4.227 e ADPF n. 132²⁵⁷, que reconheceu as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, a lacuna

²⁵² CHAVES, 2011b, p. 261-262.

²⁵³ SILVA JÚNIOR, 2007, p. 114.

²⁵⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Adoção homoafetiva e inconstitucionalidade**. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=491>. Acesso em: 04 out. 2011.

²⁵⁵ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

²⁵⁶ GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva**. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=524>>. Acesso em: 04 out. 2011.

²⁵⁷ BRASIL, 2011.

preenche-se temporariamente, remediando diversas injustiças que o Poder Judiciário poderia vir a cometer, haja vista não haver, por ora, lei que regulamente a união.²⁵⁸

Dessa forma, no tocante à adoção por casais homoafetivos no atual ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que já não existem óbices legais de qualquer natureza para que um par homossexual pleiteie a adoção conjunta de um infante. O art. 42, § 2º do ECA, que requer que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família, permite a adoção dos pares homossexuais, vez que a “união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos”, restando claro que “qualquer impedimento legal que se vislumbrasse, já não cabe mais dentro do ordenamento brasileiro hodierno”.²⁵⁹

Entretanto, como pontua Marianna Chaves²⁶⁰, apesar da união homoafetiva ser reconhecida pelo Judiciário, para a adoção, o que importa primeiramente é a “idoneidade dos requerentes à adoção, assim como a sua capacidade para o exercício efetivo e afetivo da parentalidade”²⁶¹ sendo estes fatores considerados, “para materialização do melhor interesse da criança.”²⁶² Muitos questionam se, ao deferir uma adoção por um casal homoafetivo, o melhor interesse da criança seria atendido, bem como quais seriam os efeitos psicológicos advindos desta relação na criança. Por tal razão, o tema será aprofundado no próximo tópico.

4.3.1 Do princípio do melhor interesse

O princípio da proteção integral, que teve origem no direito anglo-saxão, sendo chamado de “*the best interest of child*”, serve de critério para decisão do magistrado, e passa impreterivelmente pela análise da equipe técnica de psicólogos, a fim de que constatem a situação real da criança e do adolescente envolvidos na

²⁵⁸ SILVA JÚNIOR, 2011.

²⁵⁹ CHAVES, 2011a.

²⁶⁰ CHAVES, loc. cit.

²⁶¹ CHAVES, loc. cit.

²⁶² CHAVES, loc. cit.

adoção.²⁶³ Sua notoriedade é tamanha que, com o advento da Nova Lei de Adoção, o fundamento tornou-se ainda mais eficaz, vez que enrijeceu os requisitos para que os adotantes possam se habilitar ao instituto, a fim de garantir e priorizar à criança e ao adolescente todos os direitos que lhe são assegurados por lei.²⁶⁴

Em relação à temática da homossexualidade, explica Enézio de Deus Silva Junior²⁶⁵, “a proteção integral à criança e ao adolescente, em matéria de adoção, volta-se mais à estrutura emocional e ao comportamento socioético-moral dos adotantes, do que às suas orientações sexuais.”

Quer dizer que, no intuito de atender primeiramente o interesse da criança e do adolescente, todos os pretendentes serão examinados em suas características psicológicas, comportamentais e éticas para a proteção do adotando. Independente de a pessoa ser homossexual ou heterossexual, esta será analisada no tocante ao seu “estilo de vida”, o qual tem de comportar as qualidades necessárias para que o adotado tenha uma criação e educação saudável em sua formação.²⁶⁶

O ECA dispõe em seu art. 43 que a adoção “será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”²⁶⁷, demonstra-se exime de dúvidas que a inserção de uma criança ou adolescente numa família, a qual vivia em total abandono, numa família homoafetiva será muito mais benéfica do que nas ruas ou instituições.²⁶⁸

Deste entendimento, fica claro também o conteúdo institucional da adoção, ou seja, o de incluir esta criança na sociedade, ao invés de permanecer em programas de acolhimento, mantendo-se órfã. Sobre o assunto, Fernando Freire²⁶⁹ disserta:

Uma resposta às necessidades não satisfeitas pela ordem natural dos acontecimentos, uma vez que oferece à criança órfã e abandonada, uma possibilidade de ter pais e ambiente familiar indispensáveis para seu desenvolvimento. A adoção não é mais um instrumento exclusivamente jurídico, mas um recurso de profundas manifestações éticas e sociais. De todos os sistemas alternativos de proteção às crianças e adolescentes abandonados, a adoção é o único que cumpre com todas as funções da relação filial. É o único sistema que colabora amplamente na internalização

²⁶³ TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98.

²⁶⁴ SILVA JÚNIOR, 2007, p. 98.

²⁶⁵ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

²⁶⁶ BITTENCOURT, 2010, p. 145-146.

²⁶⁷ TORRES, op. cit., p. 111.

²⁶⁸ TORRES, loc. cit.

²⁶⁹ FREIRE, Fernando. **Abandono e Adoção II**. Curitiba: Terre dês Hommes, 1991. p. 7.

do sentimento de autoestima, chave para o processo de desenvolvimento de uma personalidade sadia e construtiva.

No mesmo sentido, explicita Viviane Girardi²⁷⁰:

Mais do que um interesse superior da paternidade estaria sendo assegurado à criança – que ainda não tenha – o direito constitucional a uma família, que por outra via, além do acesso ao afeto, valor fundamental à estruturação psíquica de toda e qualquer pessoa, trará como consequência para esse universo infantil o acesso a uma teia maior de direitos fundamentais como educação, saúde, lazer, etc. Direitos estes certamente não encontrados na maioria das casas de abrigo para crianças abandonadas no Brasil.

Um caso real que atesta o superior interesse da criança em decisões foi explicitado em 2010 por Maria Berenice Dias²⁷¹, no qual esta narra que duas mulheres adotaram uma criança, sendo que apenas uma das parceiras se habilitou à adoção. Porém, em busca de vínculo jurídico, ambas pleitearam o reconhecimento de filiação entre eles.

O magistrado acolheu a ação, diante da comprovação da filiação socioafetiva, a fim de garantir a proteção integral à entidade. Contudo, o Ministério Público recorreu, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negado o recurso. Mais uma vez, o Ministério recorreu, no que de maneira valente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) “rejeitou o recurso reafirmando o entendimento já consolidado na Corte: nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança”, que neste caso, é a adoção.²⁷²

Ainda acerca dos deferimentos, verifica-se que estas decisões visam o melhor interesse da criança envolvida na adoção, pois é sabido que receberão “auxílio emocional e financeiro de ambos os pais”, sendo que ambos poderão assegurar o bem-estar do menor de idade, caso ocorra o adoecimento ou morte de um deles.²⁷³

Decisão que atesta tal idéia ocorreu neste Estado, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que o Juiz Sérgio Luiz Junkes, titular da Vara da Infância e da

²⁷⁰ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 85.

²⁷¹ DIAS, 2010.

²⁷² DIAS, loc. cit.

²⁷³ GIRARDI, op. cit., p. 141.

Juventude da Comarca de Joinville, “julgou procedente e deferiu pedido de adoção formulado por casal homossexual.”²⁷⁴

O fundamento para a possibilidade baseou-se na comprovação de que a menina foi criada com amor e carinho pelo casal e deste “recebe a atenção necessária para suprir suas necessidades”²⁷⁵, tanto psicológicas, materiais quanto morais. Por fim, acrescenta o magistrado que o ECA “é categórico em afirmar que a adoção se realizará quando apresentar reais vantagens ao adotado”²⁷⁶, o que demonstra que o princípio é um verdadeiro alicerce para o deferimento nestes casos.²⁷⁷

A medida confere a ambos, adotando e adotado, a faculdade de reconstrução dos laços afetivos da família. Motivo pelo qual vislumbra-se que o melhor interesse da criança, calcado no princípio da proteção integral da criança e da convivência familiar, formam uma base sólida para que seja possível a adoção por casais homoafetivos, levando-se em consideração não haver óbices constitucionais a esta interpretação, em tese.²⁷⁸

Nas palavras de Adriana Antunes Maciel e outros²⁷⁹, é importante ressaltar que tendo como origem o ECA e os princípios supramencionados, nele inseridos, “a materialização do cuidado com crianças e adolescentes tem recebido especial atenção do STF, diante da percepção de que cuidado não se restringe apenas às questões relativas à moradia, à alimentação, etc..”²⁸⁰

Destacam os mesmos autores²⁸¹ que “o cuidado, aqui concebido, deve ser entendido em seu sentido mais amplo.” Abrange a garantia de que crianças e adolescentes terão “condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família”²⁸², adquirindo, em decorrência desta convivência, estabilidade emocional.

Conclui-se, portanto, que os reflexos positivos decorrentes de ser participante de uma entidade familiar não podem ser negligenciados,

²⁷⁴ SANTOS, 2011, p. 124.

²⁷⁵ SANTOS, loc. cit.

²⁷⁶ SANTOS, loc. cit.

²⁷⁷ SANTOS, loc. cit.

²⁷⁸ BITTENCOURT, 2010, p. 145-146.

²⁷⁹ HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 126-127.

²⁸⁰ HAPNER et al., op. cit., p. 126.

²⁸¹ HAPNER et al., loc. cit.

²⁸² HAPNER et al., op. cit., p. 127.

independentemente se for organizada pelo modelo tradicional de família ou na concepção alargada, contando que tenha como objetivo a prevalência do cuidado de suas crianças e adolescentes.²⁸³

4.3.2 Do efeito psicológico

A viabilidade psicológica é uma das indagações mais relevantes acerca da adoção por homoafetivos. Este elemento tem a capacidade de demonstrar que o “núcleo afetivo” formado da “união sólida homossexual” pode educar e viabilizar o pleno desenvolvimento de seres humanos, de igual forma que educaria uma família “convencional”, seja nas proles biológicas ou adotivas.²⁸⁴

É sabido que uma das alegações mais propagadas erroneamente acerca da criação e adoção pelo casal homossexual é a idéia de que o adotado possui grandes chances de ter seu desenvolvimento alterado pela orientação sexual dos pais, de maneira que, pela convivência, tenham propensão a se tornarem, também, homossexuais. Afirmam que a ausência de modelo paterno e materno poderia interferir na sexualidade, além de que o peso do preconceito advindo da relação homoafetiva causaria transtornos psicológicos à criança e ao adolescente, em sua vida social.²⁸⁵

A possível prejudicialidade, contudo, é omissa de qualquer comprovação científica e fática, sendo nítido que o argumento da inviabilidade psicológica é derivado do “peso histórico dos prejulgamentos e das distorções na concepção sobre a sexualidade.”²⁸⁶

Maria Berenice Dias²⁸⁷ pontua, com clareza, acerca deste preconceito em relação à adoção homoafetiva:

A intensa reação contra o deferimento da adoção para homossexuais apenas reflete a face mais aguda do preconceito. Como as relações sociais são marcadas pela heterossexualidade, é enorme a resistência pela crença

²⁸³ HAPNER et al., 2008.

²⁸⁴ SILVA JÚNIOR, 2010, p. 121.

²⁸⁵ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

²⁸⁶ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

²⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107.

de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais. Assim, haveria a possibilidade de ocorrer seqüelas de ordem psicológica ao adotado. Também há o mito de que os filhos de homossexuais teriam tendência de tornarem-se homossexuais.

Os estudos realizados no intuito de verificar a percepção social de um crescimento em família composto por homossexuais no comportamento das crianças, muito pelo contrário, constataram a ausência de prejuízo aos menores de idade.

Uma das pesquisas, como Viviane Girardi²⁸⁸ aduz, foi realizada pela Associação Americana de Psicologia que “concluiu, em 1995, que ‘não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo’” comparado a crianças criadas por pais heterossexuais.

Lidia Natália Dobrianskyj Weber²⁸⁹, também confirma a falta de problemas em crianças e adolescentes criados por um casal homossexual, por motivo da orientação sexual destes, conforme atesta em dados colhidos:

Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmam que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmam, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou somente um deles, o mais importante é como essa família vive.

McIntyre (1994) faz uma análise de pais e mães e os sistemas legais de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre as crianças a serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão afetivos quanto casais tradicionais.

Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade e criadas por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a autoestima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por casal tradicional.

Samuels (1990) destaca que, mais importante do que orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável.

Ainda, um estudo feito nos Estados Unidos e relatado por Evan Wolfson²⁹⁰ conclui que crianças não têm propensão a se tornarem homossexuais,

²⁸⁸ GIRARDI, 2005, p. 143.

²⁸⁹ WEBER, Lidia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil**: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2002. p. 80-81.

²⁹⁰ WOLFSON, Evan apud CHAVES, 2011b, p. 266.

porque seus pais ou professores têm esta orientação, tampouco por crescerem em uma sociedade que, de pouco em pouco, vem acolhendo e dando suporte aos homossexuais e às famílias homoafetivas. Afirma a autora que “enquanto a ciência não indica exatamente o que determina a orientação sexual de uma pessoa, uma coisa é certa e clara: não é uma questão de escolha ou de influência de pais.”²⁹¹

No Brasil, são escassos os estudos científicos a respeito da psicologia da família homoparental. Outrossim, há a pesquisa realizada pelo brasileiro Renato Flores, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que entrevistou trezentas e cinquenta pessoas de diversas orientações sexuais, tendo o estudo apontado que tanto a heterossexualidade quanto a homossexualidade destes não detinha ligação direta com a esfera cultural ou com a educação percebida na infância.²⁹²

Com isso, resta claro que somente será possível afirmar a capacidade de um casal homoafetivo de proporcionar um ambiente familiar sadio na criação de uma criança ou adolescente, se estes forem analisados caso a caso, em suas condições pessoais, entre outros fatores. E embora muitos pensem que homossexuais tenham condutas desajustadas e promíscuas, com estilo de vida perverso e, portanto, impróprio para educação de uma criança, no caso concreto, muitos levam uma vida tradicional, inteiramente oposta aos estereótipos do gênero, tendo plena capacidade de criar um menor de idade, apresentando vantagens reais à criança.²⁹³

Para corroborar o explicitado, vislumbra-se parte da decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial 889.852/RS²⁹⁴, do STJ, ao julgar a possibilidade de uma pessoa, que mantém união homoafetiva, adotar duas crianças, filhas de sua companheira.

Estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças e seus cuidadores. [...] Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde o nascimento, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a

²⁹¹ WOLFSON apud CHAVES, 2011b, p. 266.

²⁹² MAZZARO apud SILVA JÚNIOR, 2010, p. 123.

²⁹³ FIGUEIRÉDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 89.

²⁹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 889.852**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 27-04-2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. [...] A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade.

Conclui-se, portanto, que não há qualquer pesquisa científica que comprove o dano causado por crianças e adolescentes criados em uma família homoafetiva. Ao contrário, muitos estudos comprovam que tal relação possui o mesmo efeito psicológico caso a criança fosse educada no seio de uma família heterossexual, inclusive, às vezes, até melhor resultado. O essencial é que os parceiros estejam preparados para atender às necessidades do adotando, fornecendo-lhe carinho, afeto, ou seja, uma oportunidade com reais vantagens, independente de sua orientação sexual.

4.4 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIAS ATUAIS

Em pesquisa aos sites dos Tribunais de Justiça do País, verificou-se, claramente, a massiva predominância de acórdãos deferindo o pleito de adoção por casais homoafetivos, baseados nos argumentos acima apresentados.

A vedação constitucional à discriminação e a interpretação de união estável a casais homossexuais, nos termos do art. 42, parágrafo 2º, são aplicadas em diversos casos, como se vislumbra nas decisões do Tribunal do Rio Grande do Sul, senão observa-se:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO.

Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos

do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.²⁹⁵

E:

EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO.

Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese.

Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA.²⁹⁶

O Relator dos Embargos Infringentes n. 70034811810²⁹⁷ afirma, no Acórdão, que se deve buscar a superação do peso do preconceito, dando privilégio ao princípio da dignidade do ser humano, supremo entre os demais, de modo a reconhecer a homossexualidade como algo natural do homem e que deve ser respeitado. Ademais, a Apelação Cível n. 70031574833²⁹⁸, em seu interior teor, expõe, por meio de seu Relator, que a jurisprudência do Rio Grande do Sul já vem conferindo à união homoafetiva tratamento equivalente ao que a lei dispõe às uniões estáveis, desde que preenchidos os requisitos delas decorrentes.

Corroborando o entendimento, o Tribunal de Justiça do Paraná, com a Apelação Cível n. 582499-9²⁹⁹, que possibilitou o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, por meio da utilização de analogia e por não haver qualquer óbice legal da aplicação da medida em casais do mesmo sexo. Ainda, argumenta a impossibilidade de limitação de idade e sexo do adotando, por ser tal condição preconceituosa e discriminatória, tampouco por inexistir qualquer previsão legal para tanto. É o que se depreende da ementa:

²⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70031574833**, de Santa Cruz do Sul. Des. Rel. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, SC. Julgado em: 14-10-2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 07 out. 2011.

²⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes n. 70034811810**, de Santa Cruz do Sul. Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, SC. Julgado em: 13-08-2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 07 out. 2011.

²⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL, 2010.

²⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL, 2009.

²⁹⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 582499-9**. Des. Rel. Fernando Wolff Bodziak, de Curitiba. Julgado em: 17-03-2010. Curitiba, PR. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 07 out. 2011.

APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.³⁰⁰

Além da aplicabilidade do instituto da união estável aos casais homoafetivos, quando presente a convivência pública, contínua e duradoura, com a finalidade de constituir família, outro fator tem carga valorativa primordial para o deferimento da medida a pares de mesmo sexo, o princípio do melhor interesse da criança e o da convivência familiar, consolidados no art. 227 da CRFB e reforçados no art. 1º e 43 do ECA.

Nas palavras de Sávio Bittencourt³⁰¹, a prioridade do interesse da criança e do adolescente os coloca em “um patamar de superioridade jurídica, quando seus interesses colidem com de pessoas adultas”, de forma que a “balança penda sempre para a tutela desta antes dos demais ou deste em prejuízo dos demais.” Já o princípio da convivência familiar abrange a ideia de que todos os envolvidos na proteção da criança deverão fazer o que for necessário para que esta continue no seio de sua família de origem, quando houver condições afetivas e de cuidado para tanto, ou, caso contrário, em família substituta, por intermédio da adoção.

No Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em decisão datada de 2010, demonstrou-se evidente a aplicação dos princípios supramencionados para o deferimento da adoção a um casal homoafetivo, conforme se verifica abaixo:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

³⁰⁰ PARANÁ, 2010.

³⁰¹ BITTENCOURT, 2010, p. 38.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento [...] 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. [...] Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.³⁰²

Acerca da questão do efeito psicológico na criação da criança e do adolescente em seio de família homoafetiva, o Acórdão do STJ também faz referência a estudos que comprovam a ausência de prejuízo advindo desta convivência, como exposto em tópico anterior. Reafirmam que a principal fonte a ser analisada nestes casos é a afetividade. O cuidado que, como expõem Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner e outros³⁰³, tem como vetor orientador o princípio constitucional da solidariedade, fundamento que melhor define a ideia de adoção. Amor ao próximo, principalmente na situação relatada, onde duas mulheres adotariam duas crianças, irmãs biológicas, e não apenas uma. Parte da decisão segue:

Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam 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 a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção

³⁰² BRASIL, 2010.

³⁰³ HAPNER, 2008, p. 124.

é medida que se impõe [...] A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.³⁰⁴

Há, ainda, jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que abrange todos os elementos para a possibilidade de deferimento da adoção aos pares do mesmo sexo. A decisão foi julgada após o reconhecimento do STF das uniões homoafetivas como entidade familiar, em 24 de maio de 2011. Cumpre salientar que não foram encontradas mais decisões sobre o assunto em outros tribunais, após a data de 05 de maio de 2011, vez que o reconhecimento foi recente, sendo o referido julgado o único achado. Acompanha-se parte da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER - ADOÇÃO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - POSSIBILIDADE - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA - FINS SOCIAIS DA LEI - ADOÇÃO CONJUNTA - CASAL DO MESMO SEXO - DIREITO RECONHECIDO - NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA BASEADA NO AFETO - ESTUDOS QUE REVELAM INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS - ABANDONO - SITUAÇÃO DE RISCO - AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR - BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR - RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES - EXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM A MANUTENÇÃO DO INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE - RECURSO DESPROVIDO [...] Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal. 3. Evidenciada nos autos a situação de risco em que se encontrava o menor na companhia da mãe biológica, além de os demais familiares não demonstrarem interesse em sua criação, e constatadas as boas condições em que a criança se encontra após ter sido acolhida em família substituta que pretende adotá-la, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a conseqüente adoção pleiteada por aquelas que mantêm verdadeiros laços afetivos com o infante, dando-lhe carinho e condições materiais para que tenha um crescimento saudável, independente do fato de serem as adotantes duas mulheres.³⁰⁵

³⁰⁴ BRASIL, 2010.

³⁰⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1193033-38.2008.8.13.0480**. Des. Rel. Armando Freire. Julgado em 24-05-2011. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 06 out. 2011.

Observa-se do colhimento das jurisprudências de diversos tribunais que o caminho para a possibilidade de adoção por casais homoafetivos está cada vez mais livre e aceito, e que a discriminação e o preconceito estão, pouco a pouco, sendo apagados da cultura brasileira, dando oportunidade a uma nova visão acerca do tema. Até porque, como visto em diversas pesquisas científicas, não há mal na convivência de crianças e adolescentes criados por pessoas do mesmo sexo, desde que estas apresentem uma base de afeto sólida e comprometida a constituir uma família, proporcionando todos os meios para que aquele ser humano torne-se uma pessoa de caráter e com personalidade, apresentando, portanto, reais vantagens a ela.

Por derradeiro, ressalta-se o entendimento de Camila Rocha Guerin³⁰⁶, a qual aduz que, apesar de que não haja lei específica regulando a questão em tela, “em todas as situações de fato ocorrem conflitos”, cabendo ao Poder Judiciário apresentar sua solução, como no presente caso, “concedendo juridicidade aos fatos sociais”. Demonstra-se, pelo exposto, que a jurisprudência vem fazendo bem o seu papel, através dos magistrados, os quais “tornam cada vez mais amplo o reconhecimento dos efeitos jurídicos decorrentes do relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, com todas as suas conseqüências”³⁰⁷, principalmente após o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF.

³⁰⁶ GUERIN, 2009.

³⁰⁷ GUERIN, loc. cit.

5 CONCLUSÃO

A CRFB de 1988, ao colocar a família como base da sociedade no artigo 226, deixa evidente o seu grau de importância no ordenamento jurídico em geral. Nos incisos do citado dispositivo, a Carta Magna expõe os tipos de entidade familiar tutelados pelo Estado, tais como o derivado do casamento, união estável e a monoparental, o qual claramente apresenta-se como um rol exemplificativo, fundado principalmente nos princípios da pluralidade familiar, da afetividade e da igualdade.

Fato é que existem muitas outras formas de vínculos amorosos com objetivo de constituir família, como a composta por dois homossexuais, a qual já é uma realidade. Tão verdadeira que a mais alta Corte brasileira reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo à relação todos os direitos decorrentes do âmbito familiar, como se observou no dia 05 de maio de 2011.

As mudanças do paradigma familiar brasileiro advindo do tempo, de novos pensamentos, gerações, culturas, etc., apresentam uma nova visão acerca dos vínculos familiares, de modo que o que se mostra essencial é a presença de afetividade entre os seus participantes. O amor é a fórmula principal para a caracterização de um seio familiar

No que se refere à adoção, como se constatou neste trabalho, esta se apresenta como sendo a última medida para criança ou adolescente que não possui condições de ser criada no berço de sua família originária, sendo auxiliada pelo instituto para que encontre uma família substituta, a qual possa lhe fornecer todos os direitos fundamentais que lhe são devidos. Portanto, é óbvio o caráter humanitário e solidário da adoção.

Nesta trilha, resta claro que não há óbices para adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, quando esta união apresenta todos os elementos necessários para constituir uma família, nos moldes da união estável, demonstrando reais vantagens para o adotado. Os deferimentos baseados apenas na orientação sexual dos pretendentes são considerados evidentemente inconstitucionais, haja vista ferirem diversos princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Em que pese o fator da diversidade sexual ser citado, por muitas vezes, como óbice para seu deferimento, verifica-se, primeiramente, que a rejeição é

decorrente, em sua maioria, de valores preconceituosos, os quais também são vedados pela CRFB. Segundamente, esta alegação é fruto de inverdades acerca do tema, vez que há estudos científicos comprovando que a adoção por pares de mesmo sexo não apresenta prejudicialidade para o adotado, visto que a criação possui os mesmos resultados de uma criança ou adolescente que cresceu em uma família heterossexual.

Ademais, com base na nova releitura do parágrafo 2º, do art. 42, do ECA, o qual dispõe que para “adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”³⁰⁸, observa-se inexistir qualquer impedimento para a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, vez que a união homossexual foi equiparada a união estável pelo STF.

Ressalta-se que a ausência de regulamentação legislativa sobre a relação homoafetiva e da adoção neste modelo familiar não podem ser considerados óbices para o deferimento da medida, tendo em vista que, nestes casos, cabe aos juízes aplicarem os princípios gerais de direito e a analogia, que interpretam de modo favorável a possibilidade da medida, como restou demonstrado pelas decisões colhidas neste trabalho. Os magistrados vêm cumprindo o papel, de modo louvável, do legislador ausente, ao acompanhar a realidade atual das famílias homoafetivas com o ordenamento jurídico, deferindo os pleitos de adoção a estes casais, com base no princípio do superior interesse da criança e da igualdade.

Em conclusão, não restam dúvidas da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, quando presentes os pressupostos para configuração da união estável e reais vantagens ao adotado, à luz dos princípios constitucionais do art. 3, III, art. 5º, da CRFB, do artigo 42, parágrafo 2º do ECA, bem como pelos estudos que comprovam a ausência de danos psicológicos decorrentes desta criação. Todavia, faz-se necessário que o Poder Legislativo regulamente a situação da família homoafetiva, vez que no mundo jurídico o assunto ainda apresenta muita controvérsia.

Espera-se que o trabalho tenha ajudado na melhor compreensão do tema, principalmente da união homoafetiva, a qual é encarada por muitos com

³⁰⁸ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

preconceitos e mitos e que, na verdade, tem como razão de ser o que todos relacionamentos humanos buscam: o amor.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria. **Direitos de casais homossexuais e a adoção**. 2011. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-23839-direitos-casais-homossexuais-e-font-colorredstrongadocaostrostrongfont-artigo-sylvia-maria-mendonca-do-a>>. Acesso em: 14 set. 11.

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Org.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 21-30.

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumis Júris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Superior Tribunal Federal. **ADI n. 4.227 e ADPF n. 132**, Relator Min. Ayres

de Britto. Brasília,DF. Julgado em: 05-05-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 set. 11.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 889.852. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 27-04-2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 26 set. 11.

_____. Lei nº 3.071, de 10 de janeiro de 1916. **Código Civil** (revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso: 16 out. 2011.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>>. Acesso em: 29 ago. 2011a.

_____. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011b.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al.. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **União homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

_____. **O superior interesse reconhecido por um tribunal superior.** 2010b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=605>>. Acesso em: 14 set. 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família.** 22. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Aparecida Silva Matias. **Adoção por pares homoafetivos: uma tendência da nova família brasileira.** 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=472>> Acesso em: 04 out. 2011.

ESPAÇO VITAL. **São Paulo faz primeiro casamento civil direto entre mulheres.** 2011. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-25098-sao-paulo-faz-primeiro-casamento-civil-direto-entre-mulheres>>. Acesso em: 30 ago. 2011a.

_____. **OAB discute casamento e adoção para casais gays.** 2011. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-25005-oab-discute-casamento-e-adocao-para-casais-gays>>. Acesso em: 30 ago. 2011b.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2011.

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

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Adoção**: guia prático, doutrinário e processual com as alterações da Lei n. 12.010, de 3/8/2009. São Paulo: Cortez, 2010.

FREIRE, Fernando. **Abandono e Adoção II**. Curitiba: Terre dês Hommes, 1991.

GÊNESIS. Português. In: **Bíblia Sagrada**. Versão dos Monges de Maredsous pelo Centro Bíblico Católico. 45. ed. São Paulo: Ave Maria, 1984. p. 49-100.

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

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática com abordagem do novo código civil. Curitiba: Juruá, 2003.

GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva**. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=524>>. Acesso em: 04 out. 2011.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. et al.. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 113-140.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**: direito de família, relações de parentesco e direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003.

MARANHÃO, Gabriela. **Relações homoafetivas**: uniões de afeto. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Uni%C3%A3o%20homoafetiva:%20Afeto.pdf>. Acesso em: 27 set. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 1.0702.03.094371-

7/001. Rel. Des. Caetano Levi Lopes. Julgado em: 22-03-2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1193033-38.2008.8.13.0480. Des. Rel. Armando Freire. Julgado em 24-05-2011. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 06 out. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 38. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva: 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e a legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e a legislação constitucional**. 6. ed. Atlas: São Paulo, 2006.

_____. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção de igualdade na jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY; Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

OPPERMAN, Marta Cauduro. **A vitória da cidadania**. 2011. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-23453-vitoria-cidadania-artigo-marta-cauduro-oppermann>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Processo n. 414037-4, de Curitiba. Rel. Des. Mário Rau. Curitiba, PR. Julgado em 28-11-2007. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 02 out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 582499-9. Des. Rel. Fernando Wolff Bodziak, de Curitiba. Julgado em: 17-03-2010. Curitiba, PR. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 out. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Quem tem medo do casamento gay?** 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=731>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

PERES, Ana Paulo Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares et al.. **Nova lei de adoção comentada: Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Leme: J. H. Mizuno, 2010.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada.** Leme: J. H. Mizuno, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 599348562, de Porto Alegre. Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre, RS. Julgado em: 11-10-2001. 2001a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 7000138898. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, RS. Julgado em: 14-03-2001. 2001b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70031574833, de Santa Cruz do Sul. Des. Rel. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, SC. Julgado em: 14-10-2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 07 out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes n. 70034811810, de Santa Cruz do Sul. Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, SC. Julgado em: 13-08-2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 07 out. 2011.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva: 1998.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2009.048923-4, da Capital. Rel. Des. Fernando Cariori. Florianópolis, SC. Julgado em: 22-02-2010. Disponível em: < <http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 28 set. 2011.

SANTOS, Ozéias J. **Adoção:** novas regras da adoção no estatuto da criança e do adolescente. Campinas: Syslook, 2011.

SEREJO, Lourival. **O Supremo Tribunal Federal e a montanha de Brokeback.** 7 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Fam%C3%ADlia%20Brokeback.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário contextual à Constituição.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Adoção homoafetiva e inconstitucionalidade.** 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=491>>. Acesso em: 04 out. 2011.

_____. **Amor e a família homossexual:** o fim da invisibilidade através da decisão do STF. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>> . Acesso em: 25 ago. 2011.

TORRES, Aimberé Francisco. **Adoção nas relações homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

VERCELONE, Paolo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WEBER, Lidia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil:** características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2002.