



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

KELLY FERREIRA DE SOUZA

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

**MARABÁ
2013**

KELLY FERREIRA DE SOUZA

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

Monografia Jurídica apresentada à Faculdade de Direito da UFPA – Campus Marabá, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

**Orientadora: Profa. Ms. Olinda Magno
Pinheiro**

**MARABÁ
2013**

KELLY FERREIRA DE SOUZA

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

Banca Examinadora da Monografia apresentada ao programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Data da defesa: ____/____/____.

Conceito: _____

Banca Examinadora:

Profa. Olinda Magno Pinheiro
(Orientadora)

Poliana Rocha Portela
(1º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS imensamente por ter me mostrado nas menores coisas que estava ao meu lado e acreditava no meu potencial, mesmo quando eu tinha dúvidas.

À minha amada mãe Marly, sem a qual sou apenas um pedaço, por possuir em mim fé que nem eu mesma sou capaz de compreender.

À minha querida sobrinha Carolina, que representa fração considerável da minha felicidade em viver, e que das mais diversas formas me ajudou a superar mais este obstáculo.

Ao meu amado Fábio, que prefiro não qualificar como namorado por achar que o termo é muito restritivo para explicar tudo o que ele representa na minha vida, por todos os tipos de apoio, e pelas incontáveis vezes que fez dos seus braços e palavras, meu abrigo.

À professora e orientadora Olinda Magno Pinheiro, pela sua gentileza na orientação deste trabalho.

E aos verdadeiros amigos, que me seguraram a mão e me fizeram seguir em frente quando eu pensava já não ter mais forças.

“Preconceito é uma forma fácil de ter opinião. Não requer esforço, não requer pesquisa, empenho, visto que se trata de uma primeira visão que temos acerca de uma determinada realidade.”

(Pe. Fábio de Melo)

RESUMO

A tese, tema do presente trabalho, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, os quais foram expressamente consagrados pela Constituição Republicana de 1988, figurando-se, pois, inconstitucionais discriminações decorrentes unicamente da sexualidade do indivíduo. Com base nestes valores, começa a ganhar força o entendimento de que aos casais homoafetivos deve ser conferido o mesmo tratamento já dispensado aos casais heteroafetivos, possibilitando inclusive, o deferimento de pedido de adoção de crianças e adolescentes. Ressalte-se ainda a inexistência de normas que vedem a possibilidade deste tipo de adoção, razão pela qual, se pode afirmar que restrições nesse sentido atentariam contra a ordem principiológica sob a qual se funda a vigente Constituição. De fato, o que deve ser alvo de análise é a aptidão dos adotantes para a garantia de um ambiente familiar saudável, de forma a garantir os melhores interesses destes menores.

Palavras-chave:

Homoafetividade, Adoção, Princípios Constitucionais, Possibilidade Jurídica.

ABSTRACT

The theme of this thesis work is based on the principles of human dignity, freedom and equality, which were expressly enshrined in the Republican Constitution of 1988, up figuring therefore unconstitutional discrimination arising solely from a person's sexuality. Based on these figures, begins to gain strength to the view that homosexual couples should be given the same treatment as accorded to couples heteroafetivos, allowing also the granting of application for adoption of children and adolescents. It should be noted also that there are no rules that deny the possibility of this type of adoption, which is why, it can be said that restrictions accordingly atentariam principled against the order under which the current Constitution is founded. In fact, what should be the subject of analysis is the ability of adopters to ensure a healthy home environment, to ensure the best interests of these children.

Keywords:

Homoafetividade, Adoption, Constitutional Principles, Legal Ability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 A HOMOSSEXUALIDADE NO DECURSO DA HISTÓRIA E A CONSTRUÇÃO DO PRECONCEITO	11
2.1 A Sexualidade na Antiguidade	11
2.2 A Homossexualidade na Idade Média	13
2.3 O Homossexualismo como Patologia	15
2.4 A Homossexualidade na Atualidade	17
2.5 Homossexualismo, Homossexualidade ou Homoafetividade?	18
3 O CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO.....	20
3.1 A Família sob a ótica do Código Civil de 1916	21
3.2 A Família e a Constituição Federal de 1988	24
3.3 Afetividade como elemento caracterizador das Famílias	28
4 DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA.....	31
4.1 Da omissão legislativa	31
5 ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	35
5.1 Histórico	35
5.2 Conceito e Finalidades	38
5.3 Requisitos	39
5.4 Efeitos	45
6 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS	47
6.1 Dos princípios atinentes à matéria.....	47
6.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	48
6.1.2 Princípio da igualdade	51
6.1.3 Princípio da liberdade.....	54

6.1.4 Princípio do melhor interesse do menor.....	56
6.2 A ausência de regramento específico.....	58
6.3 Entendimento jurisprudencial	61
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva, por meio da revisão bibliográfica, fazer uma análise da possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, considerando as diversas transformações sofridas pelo Direito de Família brasileiro, que tem exigido do judiciário uma adequação na interpretação das normas do nosso ordenamento jurídico, para não incorrer no risco de tornar dispositivos legais ultrapassados e obsoletos, o que promoveria, por consequência, no sentido jurídico, o desamparo de uma boa parcela da sociedade, que, aliás, esta (a sociedade), é exatamente o motivo pelo qual o Direito existe.

Atualmente, no Brasil, o número de crianças e adolescentes que aguardam ser adotados, é bem menor do que o número de casais e pessoas solteiras que procuram uma criança ou adolescente para adotar. A afirmação pode até parecer contraditória, mas se explica por diversos fatores, entre eles, a procura preferencial por crianças mais novas, brancas, que não possuam irmãos, que não sejam portadoras de necessidades especiais e etc. De uma maneira geral, os homossexuais diariamente enfrentam o preconceito, quer seja no ambiente de trabalho, de estudo, ou até mesmo dentro do próprio seio familiar. Exatamente por isso, é que tendem a ser menos preconceituosos, não que isto seja uma regra, mas que poderia torná-los bons pretendentes à adoção. Pena que o ordenamento jurídico brasileiro não previu de maneira expressa essa possibilidade, o que tem impedido a habilitação de casais homoafetivos na lista de candidatos a adotar, só podendo habilitarem-se, em raros casos, sendo por vezes deferidos somente após o provimento de recursos para reforma da decisão judicial que indeferiu a habilitação.

Não obstante ao fato de ter se omitido o legislador quanto à adoção homoparental, não há embasamento legal para impedi-la, pois a Constituição Federal veta o tratamento discriminatório, garantindo a todos, igualdade perante a lei, não devendo, portanto, a orientação sexual ser fator preponderante na possibilidade de constituição de uma família, inclusive aquela com prole. No mesmo sentido, vários princípios constitucionais podem ser elencados, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e respeito às diferenças, da pluralidade das formas de família, da afetividade, etc.

O que devem de fato ser ponderados, são requisitos sociais e psicológicos que indiquem se os pretendentes à adoção possuem condições de oferecer ao adotado um ambiente familiar adequado.

Seria, obviamente, inconstitucional a proibição da formação de um núcleo familiar, pela simples alegação de que este só poderá constituir-se por um homem e uma mulher. Isto equivaleria a tornar as relações fáticas de grande parte da sociedade invisível aos olhos da lei.

Por tudo isso, enquanto permanece silente o legislador, o judiciário tem, nas suas decisões, de maneira crescente, protegido os direitos homoafetivos, que por dedução lógica, estão inseridos no âmbito do Direito de Família, já que os mandamentos legais deste não tem conseguido acompanhar as transformações sofridas pela sociedade. A adoção conjunta por homossexuais, até então, tinha o seu impedimento na justificativa de que esta só é possível quando pleiteada por pessoas civilmente casadas, ou ainda, que vivam em união estável. Diante das decisões que reconheceram a união estável homoafetiva e até mesmo o casamento civil homoafetivo, não parece fazer sentido que essa proibição para a habilitação à adoção persista. Como bem observa Maria Berenice Dias (2010, s.p.), *“o fato de não haver previsão legal para específica situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática”*.

2 A HOMOSSEXUALIDADE NO DECURSO DA HISTÓRIA E A CONSTRUÇÃO DO PRECONCEITO

Entender o surgimento do preconceito contra o homossexualismo faz-se de fundamental importância para o estudo em questão, pois sem o mencionado preconceito, o presente trabalho perderia todo o seu objeto. Para tanto, serão analisados brevemente o tratamento dispensado por diferentes culturas e épocas às relações homossexuais ao longo da história humana.

2.1 A Sexualidade na Antiguidade

Apesar de assunto recorrente na discussão moderna, a relação afetivo-sexual entre pessoas do mesmo sexo parece ser tão antiga quanto a própria humanidade. Ela sempre existiu, tendo sido valorizada por algumas culturas e desprezadas por outras. Ainda no início dos tempos, termos como homossexualismo, homossexualidade e todos os outros referentes à orientação sexual, usados na atualidade não existiam, na verdade, nem mesmo essa percepção acerca da sexualidade existia. Não havia distinção entre heterossexuais, homossexuais ou bissexuais.

O comportamento homossexual, como pode hoje ser chamado, não era tido como estranho ou anormal, mas tão natural quanto as relações afetivo-sexuais entre pessoas de sexos diferentes (VECHIATTI, 2012, p. 4). O Código de Hamurabi, um dos mais antigos conjuntos de leis escritas do mundo, criado na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C., tendo sido, inclusive, entalhado numa pedra, já possuía leis que outorgavam direitos aos “prostitutos” e “prostitutas” que participavam dos cultos religiosos. Eles eram considerados sagrados e mantinham relações com os homens devotos dentro dos templos.

As leis hititas, que receberam grande influência do Código de Hamurabi, chegaram a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo (RODRIGUES, Humberto; CASTRO, Cláudia de Lima, 2008, s.p.).

Na Grécia e na Roma Antiga, a relação afetiva, na qual também poderiam estar presentes relações sexuais entre um homem mais velho e um jovem, não só era tida como

normal, mas também fazia parte da preparação dos jovens para a maturidade. Na pederastia, como era chamada essa relação, o jovem, por volta dos 12 anos, com a sua concordância e de sua família, tornava-se “amigo” de um homem mais velho, que seria seu educador e parceiro sexual, adotando postura passiva, até que completasse os 18 anos, donde então, a relação passava a ser de amizade e o jovem deveria abandonar a postura passiva para sempre, uma vez que essa não era bem vista quando assumida por homens adultos. Acreditava-se que, através de tal relacionamento, o menino atingiria a masculinidade, por meio da exclusão do contato com a mãe, visando a aprendizagem dos costumes masculinos de seu povo (TORRES, 2009, p. 08). Cultura bem semelhante também existiu nalgumas sociedades primitivas, onde a relação sexual entre um homem mais velho e um jovem, além de normal, era quase que obrigatória, sob argumentos de que essa era necessariamente uma forma para que o jovem alcançasse sua masculinidade e até a fertilidade que lhe possibilitasse gerar sua própria prole (SPENCER apud VECCHIATTI, 2012, p. 04).

Em várias civilizações, a exemplo da Babilônia não se dava importância à escolha do parceiro sexual, pouco ou nada importando se a relação se dava entre pessoas do mesmo sexo, de sexos diferentes ou as duas coisas. De uma maneira geral, o que mais importava era a postura assumida dentro da relação, sendo mal vista a postura passiva, relacionando-se esta ao seu status social (CATONNÉ E SPENCER apud FARIAS E MAIA, 2012, p. 24), e ainda por assemelhar-se à postura feminina, que ocupava posição social inferior à masculina (VECCHIATTI, 2012, p. 05).

Note-se que o amor masculino, tendo sido assim chamado pelos humanistas, possuía um ponto comum nas diferentes culturas, que era a valorização apenas da postura ativa da relação. Isto pode ser explicado pelo fato de que a postura passiva assemelhava-se com a postura assumida pela mulher na relação sexual. A essa época a mulher era vista como um ser inferior, devendo sempre submeter-se ao homem, que por sua vez, deveria desempenhar o papel de dominador fazendo o uso de sua virilidade. Neste ponto, o machismo, reside uma das origens remotas da homofobia, que traduz-se pela intolerância, preconceito, discriminação e até atos de violência contra os homossexuais (VECCHIATTI, 2012, p.08).

Este é também um dos motivos pelos quais se constata a escassez de relatos sobre o amor entre mulheres, já que o entendimento dominante na época era de que não havia a possibilidade de haver relação sexual sem a presença masculina. Nas palavras de Vecchiatti:

A sexualidade das mulheres era completamente ignorada em virtude de o preconceito da época pregar que a sexualidade delas dependia necessariamente de um homem. Assim, tudo o que ocorria ‘entre quatro paredes’ entre duas mulheres era, na maioria das vezes, ignorado, o que ensejou pouca formalização escrita destes relacionamentos. (VECCHIATTI, 2012, p. 06)

Apesar de serem encontrados poucos relatos históricos acerca da sexualidade feminina, assim como a homossexualidade masculina, a havida entre mulheres, sempre existiu (TORRES, 2009, p. 06).

2.2 A Homossexualidade na Idade Média

Vale destacar a grande influência da religião sobre as relações humanas, em especial no que tange a ideia de procriação e continuidade da família. Ao final do século III, a ideia de que o sexo possuía como único fim a procriação, foi largamente difundida em virtude da conversão do imperador romano, Constantino, à fé cristã. Este imperador tornou o cristianismo obrigatório em seu império, sendo este o maior de que já se teve notícias. Denota-se que a ideia de procriação difundida pela religião da época, ensejou a perspectiva contrária às relações homossexuais, que passaram a ser vistas como uma agressão à própria natureza humana e, portanto, mal vista aos olhos da sociedade. Assim descreve Humberto Rodrigues: “Com a conversão de Constantino, o paganismo foi se fundindo à religião do imperador, e assim a homossexualidade foi colocada totalmente fora da lei e às vezes brutalmente punida. Mesmo assim, não obteve o efeito desejado de coibir um hábito cultivado há séculos.” (RODRIGUES apud TORRES, 2009, p. 09).

A doutrina cristã trouxe consigo as ideias de monogamia, indissolubilidade do casamento, valorização da virgindade, passando a condenar a manifestação da sexualidade fora do casamento, onde o sexo deveria existir apenas e tão somente para procriar, o que seria obviamente impossível nas relações homossexuais, justificando assim as perseguições sofridas por estes na Idade Média. Foi neste contexto que as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo tornaram-se crime praticado contra a moral religiosa.

O primeiro texto legal, de que se tem notícias, proibindo a homossexualidade, foi promulgado em 533, pelo imperador Justiniano, para a qual era prevista a pena de morte.

Mais tarde, no século VII, o surgimento do islamismo reforça a ideia do sexo para a procriação.

Houve ainda, no século XIV a associação da homossexualidade ao demonismo e à feitiçaria, fazendo com que a aversão àqueles que amavam pessoas do mesmo sexo ganhasse ainda mais força.

Nos anos de 1347 a 1351, a Europa foi fortemente assolada pela peste negra, que ficou conhecida na história como uma doença responsável por uma das mais trágicas epidemias que assolaram o mundo Ocidental. Ocorre que a doença atingiu não apenas os corpos dos doentes, mas também o imaginário das pessoas, que viam a peste negra como um castigo divino pelos hábitos pecaminosos da sociedade. Segundo VECCHIATI: “(...) os chefes de Estado da época, influenciados por ministros religiosos, ligaram ditos desastres às condutas sexuais tidas por imorais (todas aquelas foras do casamento e sem intuito procriativo), aumentando ainda mais o ódio contra os homossexuais.” (2012, p.24)

Tal crença teria levado à perseguição dos judeus, hereges e sodomitas (incluindo neste último grupo, os homossexuais), tendo sido, por este motivo, estabelecidas rígidas normas em vários dos países europeus, com penas demasiadamente severas, a exemplo da Inglaterra que só substituiu a pena de morte para os atos de sodomia em 1.861, por dez anos de trabalhos forçados. Nas palavras de Aimberé Francisco Torres:

Com isso, estabeleceu-se no período da Idade Média aos homossexuais; na medida em que se condicionou a sexualidade ao casamento e com o compromisso da fidelidade e da monogamia, a moral cristã passou a condenar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, erigindo tal comportamento à categoria de crime praticado contra a moral religiosa. (TORRES, 2009, p. 09)

Há ainda um outro motivo para explicar a pregação do preconceito às relações entre as pessoas do mesmo sexo: a impossibilidade da procriação nessas relações, associada ao fato da alta taxa de mortalidade da época. Nesse sentido, esclarece Vecchiatti:

Por outro lado, outros dos principais motivos históricos para a condenação da homossexualidade foi a *baixa expectativa de vida* da população do então

mundo conhecido (Europa Ocidental) durante a ascensão da fé cristã. Em Roma, isso se caracterizou pelo constante estado beligerante de seu Império, o que causava muitas mortes, donde ‘cada mulher precisava gerar cinco filhos, em média’ para se manter a estabilidade da população romana. Isso, aliado a peste bubônica, que dizimou aproximadamente um terço da população europeia da época, tornaram a heterossexualidade, acima de tudo, necessária [...] (VECCHIATTI, 2012, p. 23)

Vários são os motivos que levaram à pregação contra as relações homossexuais ao longo dos séculos, o que acabou por tornar o que antes era considerado normal em coisa estranha para a sociedade, que passou a ver ditas relações como algo que foge dos padrões do que seria estabelecido pela normalidade do comportamento humano, dando origem ao atual preconceito às relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

2.3 O Homossexualismo como Patologia

O próprio sufixo “ismo” já explica muito. Utilizado também pela medicina para designar doenças, no termo em foco, teve a mesma finalidade. Foi no século XIX que as relações homossexuais, passaram a ser estudadas pela ciência, que num primeiro momento as entendeu como doença, tendo sido, inclusive, incluído o homossexualismo como patologia na lista de Classificação Internacional de Doenças, mais precisamente no capítulo de transtornos mentais ou emocionais.

Exatamente por ter sido percebido como doença, é que inúmeros tratamentos, todos sem sucesso, foram empreendidos na tentativa de reverter a condição da homossexualidade. Bárbara Axt, em artigo publicado pela revista Superinteressante (2004), apresentou um rol dos diversos tratamentos utilizados ao longo da história, para a cura da suposta doença:

Tratamentos históricos:

Alguns dos métodos usados ao longo da história para reverter a homossexualidade

Força

Nas colônias protestantes dos EUA, no século 17, a sociedade era tão puritana que esse era o destino de quem cometesse “atos indecentes”.

Prisão

Na Inglaterra, em 1895, Oscar Wilde foi condenado a ficar dois anos preso por seus relacionamentos “antinaturais”.

Hipnose

No fim do século 19, tomou força a teoria de que a homossexualidade era uma doença mental, e deveria ser tratada. Em 1899, um certo Dr. John D. Quackenbos tratava com hipnose não só a homossexualidade como a ninfomania e a masturbação.

Castração

Em 1898, o Instituto Kansas de Doenças Mentais castrou 48 meninos. Certos pacientes buscavam voluntariamente a cirurgia de extração de testículos, acreditando que isso curaria seu desejo sexual.

Choques

Em 1937, em Atlanta, médicos prometiam que seus pacientes desistiriam do “vício” depois de dez sessões de eletrochoques.

Aversão

Nos anos 50, na Checoslováquia, pacientes tomavam uma droga indutora de vômito e eram obrigados a ver cenas de homens nus. Depois, recebiam uma injeção de testosterona e eram expostos a imagens de mulheres nuas.

Lobotomia

O tratamento foi usado no começo do século 20, até que, em 1959, um relatório do Hospital Estadual Pilgrim, em Nova York, avaliou 100 casos e concluiu que os pacientes continuavam homossexuais. (AXT, Barbara, 2004, s.p.).

Tratamento nada usual, a lobotomia, destinada não apenas ao tratamento da homossexualidade, mas também à ninfomania feminina, foi desenvolvido por um neurocirurgião português, Antônio Egas Moniz, que chegou a ganhar um prêmio Nobel de

Medicina pela descoberta deste tratamento, que consistia em técnica cirúrgica que retirava parte do cérebro do suposto doente. Milhares de pessoas foram submetidas a este absurdo tratamento, que só deixou de ser empregado quando se percebeu que ele não tinha o resultado esperado: a “cura” para a homossexualidade.

Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a palavra homossexualidade da lista de transtornos mentais ou emocionais e a decisão mais tarde foi seguida por todas as entidades de psicologia e psiquiatria no mundo, incluindo a Associação Brasileira de Psiquiatria, o Conselho Federal de Medicina e a Organização Mundial de Saúde.

Visando coibir o preconceito, através do uso de práticas terapêuticas para “cura” do homossexual, o Conselho Federal de Psicologia baixou a Resolução 1/1999, e o Conselho Federal de Serviço Social editou a Resolução 489/2006, que vedam condutas discriminatórias, por parte de psicólogos e assistentes sociais, em função da orientação social, no exercício de suas respectivas funções (DIAS, 2009, s.p.).

Como se vê, apenas no final do século XX a homossexualidade deixou de ser entendida pela ciência médica como patologia. Esclarece Vecchiatti (2012) que não sendo doença, a homossexualidade passa a ser normal tal qual a heterossexualidade, ou de maneira mais acertada, aquela deve receber o mesmo tratamento dispensando à esta, por força dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

2.4 A Homossexualidade na Atualidade

Com efeito, mudanças históricas a exemplo do abandono pela ciência médica do entendimento da homossexualidade como doença, o incentivo a adoção de medidas combatentes do preconceito em órgãos de saúde, bem como o surgimento de órgãos militantes com o mesmo objetivo citado anteriormente, contribuíram de forma significativa para a mudança de como é vista a homossexualidade pela sociedade. O fato de, no Brasil, a igreja ter sido desvinculada do Estado, também propiciou uma menor forma de controle social, nas questões atinentes ao assunto em discussão. É de saber que essa mudança possui certas restrições, atingindo apenas parte da sociedade, sendo ainda preponderante o preconceito ao homossexualismo nos dias atuais. Nas palavras esclarecedoras de Vecchiatti (2012):

Gradativamente, a sociedade tem apresentado maior tolerância (o que difere de aceitação) com relação à homossexualidade. Quanto maior o entendimento de que o homossexual é tão humano quanto o heterossexual, não havendo diferença nenhuma nesse sentido, maior é a aceitação e/ou respeito às pessoas homossexuais. Em termos jurídicos, entretanto, os homossexuais ainda encontram-se muito defasados em relação aos heterossexuais [...] (VECCHIATTI, 2012. p. 44)

Como bem abordado pelo doutrinador, também o ordenamento jurídico padece de preconceito, vez que não garante aos homossexuais os mesmos direitos outorgados aos heterossexuais. Apesar da Carta Magna não fazer referência a nenhum dos termos aqui colocados, também não prevê expressamente as relações homoafetivas como possíveis formadoras de família, ao contrário, “reconhece a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.” (Constituição Federal/88, art. 226, §3º - sem grifo no original)

Importante ressaltar que a despeito do supracitado dispositivo constitucional, a Lei Maior proíbe o tratamento desigual daqueles que se encontrem sob a sua proteção, do mesmo modo como um de seus princípios fundamentais é a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação.

2.5 Homossexualismo, Homossexualidade ou Homoafetividade?

Outra discussão atual sobre a homossexualidade dá-se pela escolha do termo (politicamente) correto para designar a orientação sexual dos indivíduos que possuem atração sexual por pessoas de mesmo sexo. Grande é o número daqueles que rejeitam o uso do termo “homossexualismo”, por entenderem que ele traz consigo estigmas e excessiva carga de preconceito, considerando o contexto do surgimento da palavra, que se deu pelo entendimento do homossexualismo como patologia, pela ciência. Nos idos do século XIX, o médico húngaro, Karoly Benkert, introduziu o termo "homossexualismo", erigindo este à condição de doença mental de natureza congênita e que, portanto, demandava tratamento.

Assim, muitos optam pelo uso do termo “homossexualidade”, pois este tiraria a significação patológica da palavra, lhe trazendo, o sufixo “dade”, significado novo: jeito de

ser, condição; ao contrário de “ismo”, que é comumente usado pela medicina para indicar doença ou vício.

Para um terceiro grupo, o mais apropriado é o termo homoafetividade, pois este, diferentemente dos anteriores, não possui conotação sexual. Assim entende Maria Berenice Dias, tendo ela mesma dado origem à palavra:

[...] Com essa mesma intenção, mas buscando subtrair o teor sexual dos vínculos interpessoais, acabei por criar o neologismo homoafetividade, para realçar que o aspecto mais relevante não é de ordem sexual. A tônica de todos os relacionamentos é a afetividade, e o afeto independe do sexo do par. (DIAS, s.n.t.)

Muitos outros vocábulos e siglas também fazem parte desta mesma discussão. A clara tentativa é a de desvincular a imagem da homossexualidade, ou qualquer que seja a expressão escolhida, dos estigmas construídos ao longo da história. Mas há de se considerar, que a simples mudança da palavra, por si, não leva embora o preconceito, pois certamente há aqueles que usam qualquer expressão sem ter a intenção de fazê-lo de maneira pejorativa, enquanto outros, ainda que fazendo uso do termo politicamente correto, são carregados de preconceito, de desrespeito e intolerância ao homossexualismo.

Mais importante que a discussão terminológica, é a conscientização da coletividade sobre a essencialidade do respeito às diversidades; é, ainda, reconhecer direitos àqueles que dentro da liberdade sexual que lhes é permitida, escolhem seu parceiro não apenas para a vida sexual, mas também a afetiva.

3 O CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

Não há como se conceber a existência do Direito desvinculado das relações sociais, tanto que aquele se encontra em constante transformação, sob pena de mostrar-se insuficiente e incompatível com a estrutura social vigente. As mudanças dos costumes e dos anseios dos indivíduos são alguns dos fatores determinantes das atualizações no campo jurídico, sendo inviável cogitar-se que o Direito se antecipe aos reclames sociais que ainda não se concretizaram no plano fático.

De fato, o Direito concebido sob o plano da normatividade é precedido de um complexo de fatos aos quais a sociedade atribui um valor relevante e que, por esta razão, reclamam sua devida regulamentação.

Cada contexto histórico e cada sociedade terão sua contribuição na eleição dos fatos cuja normatização se considere necessária, seja por atribuir-lhe um significado negativo e, portanto, sua proibição ou restrição, seja por valorá-la de modo positivo, conferindo-lhe maior proteção jurídica.

Outrossim, nota-se que o conjunto de normas vigentes em um determinado momento deve ser adequado à realidade histórico-cultural, bem como com os valores sob os quais se funda a sociedade que terá suas condutas reguladas por aquela estrutura normativa. Isto porque o Direito deve ser capaz de ordenar as relações sociais, de modo a possibilitar a convivência pacífica, e o conseqüente alcance do bem comum.

A correlação entre o Direito e a realidade social é facilmente constatada quando analisamos a evolução e transformação de diversos institutos jurídicos. Com efeito, diariamente surgem novas leis buscando adaptar a estrutura normativa à realidade fática existente, como forma de garantir a aplicabilidade do Direito.

No que tange ao Direito das Famílias, sendo assim chamado por Maria Berenice Dias, as modificações ocorridas são ainda maiores, dado o caráter dinâmico da estrutura familiar, notadamente em função das influências que esta recebe dos fatores sociais, culturais e econômicos.

Neste sentido, Silva Júnior (2008, p. 34) preconiza que “cada conjuntura histórica procurou moldar a organização sócio-familiar, segundo o crivo de interesse políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes”.

Assim sendo, a compreensão do alcance das disposições trazidas pela nova ordem constitucional, com o advento da Carta Magna em 1988, pressupõe o conhecimento do conceito atribuído ao termo ‘família’ em diversos momentos históricos.

3.1 A Família sob a ótica do Código Civil de 1916

À época da elaboração do Código Civil (CC) de 1916, o Brasil caracterizava-se por ser um país de modelo econômico rural e patrimonialista, no qual a família figurava como instituição capaz de perpetuar os interesses dominantes. Nesse contexto, consoante observação feita por Vecchiatti (2012), revelavam-se uniões matrimoniais desprovidas de qualquer vínculo afetivo, como forma, unicamente, de preservar o patrimônio familiar do casal.

Neste momento predominavam os ideais liberais burgueses que tinham por base interesses marcadamente individuais, tal como a propriedade, sendo comum a realização de casamentos planejados com o único intuito de perpetuar o poder de determinadas famílias.

Viviani Girardi (2005) retrata com clareza a função conferida à entidade familiar sob a perspectiva do Código Civil de 1916:

Sendo assim, ao definir e limitar os conceitos e contornos do Direito de família, tal diploma legal preocupou-se não em assegurar os direitos e potencialidades humanas, respeitando o indivíduo e a existência de cada membro da família, mas sim em tutelar o instituto jurídico da família, que, naquele momento, era tida, entre outras funções, como meio de produção e transmissão do nome e do patrimônio. (GIRARDI, 2005, p. 25)

Como forma de garantir a estrutura patrimonialista então vigente, o casamento civil foi consagrado como única forma de ser estatuída uma entidade familiar, sendo ainda caracterizado pela sua indissolubilidade, só tendo o divórcio se tornado possível após a

promulgação da Lei nº 6.515/1977, portanto, mais de sessenta anos depois da elaboração do Código Civil de 1916.

No que se refere às relações afetivas extramatrimoniais, estas eram fortemente repudiadas, tendo assim também o feito, o legislador, que lhes negou qualquer proteção ou efeito jurídico. Assim, era comum que após anos de relacionamento o homem abandonasse a concubina sem que desse ato resultasse qualquer consequência jurídica, ainda que aquela tivesse contribuído para a construção de certo patrimônio.

Dias (2009) informa que, tentando contornar essa injustiça, ainda que de maneira discriminatória, a jurisprudência passou a igualar a contribuição da concubina à uma mera relação de trabalho para com o parceiro, ao admitir a possibilidade de a concubina pleitear indenização pelo tempo de serviço prestado, confundindo-se assim, labor com amor.

Ao reconhecer a insuficiência do entendimento acima mencionado, o qual continuava a excluir a parceira da divisão do patrimônio construído pelo casal, a jurisprudência passou a admitir a divisão de tais valores, como forma de evitar o enriquecimento ilícito.

Ocorre que a divisão patrimonial então reconhecida fundava-se em analogia com o Direito Comercial, o que tornava as relações extramatrimoniais verdadeiras sociedades de fato, razão pela qual a divisão do patrimônio devia ser precedida da apuração da efetiva contribuição de cada parceiro, a fim de que lhe fosse devolvida a sua respectiva quota.

Tal posicionamento restou cristalizado na súmula 380 do Supremo Tribunal Federal – STF –, a qual dispunha que: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”¹ (BRASIL, 2011)

Ressalte-se que tanto as relações advindas do então denominado concubinato puro quanto do concubinato impuro estavam à mercê da ordem jurídica então vigente.

O concubinato puro caracterizava-se por aquele no qual o casal não possuía qualquer impedimento para contrair o matrimônio, porém por qualquer razão não o fazia, enquanto que o impuro era marcado pela presença de circunstâncias que impossibilitavam o casamento.

Neste sentido Ramos citado por Girardi:

¹ Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm

Neste rumo, o relacionamento interpessoal designado como concubinato foi excluído pelo sistema jurídico liberal, que fechou os olhos à realidade destas situações de fato, alijando-as de seus espaços, negando-lhes quaisquer efeitos de direito, o que permitiu a interpretação de que tais relações seriam ilícitas, contrárias à moral e aos bons costumes, refletindo uma discriminação fundamentada, de ponto de vista exclusivamente voltado para o discurso jurídico liberal, no princípio da legalidade. (RAMOS, 2000 apud GIRARDI, p.26)

De forma similar, o reconhecimento jurídico da filiação tinha por pressuposto inafastável a existência do casamento, estabelecendo-se uma completa distinção entre os filhos havidos na constância da sociedade matrimonial (filhos legítimos) e aqueles advindos de quaisquer outros relacionamentos que não tivessem por base o casamento (filhos ilegítimos), de forma que só os primeiros estariam assistidos pela ordem jurídica vigente.

Todo este panorama de discriminações validava-se pela consagração da supremacia masculina no seio familiar, traduzindo o caráter patriarcalista daquela sociedade.

A superioridade do homem foi explicitamente reconhecida pelo CC/1916, o qual atribuiu a chefia da sociedade conjugal ao homem, bem como lhe conferiu a administração dos bens daquela sociedade e dos próprios bens individuais da mulher, a qual se tornava relativamente incapaz unicamente em razão de haver contraído matrimônio, conforme teor do artigo 223, *caput* e inciso III daquela legislação, *in verbis*:

Art. 233 – O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Compete-lhe:

I – A representação legal da família;

II – A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial;

III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer à mulher, ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV – Prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (BRASIL, 1916)

Todas estas previsões discriminatórias, além de diversas outras albergadas pelo referido Código, visavam, unicamente, o fortalecimento do então vigente modelo institucional hierarquizado de família (VECCHIATI, 2012, p. 167-168).

Ocorre que os fatores sociais que determinaram a construção do modelo acima descrito sofreram profundas transformações no decorrer do século XX, razão pela qual, inúmeras modificações foram concretizadas por meio de legislações infraconstitucionais, (a exemplo da Lei do Divórcio e Estatuto da Mulher Casada), decisões jurisprudenciais, bem como pelo próprio advento da Constituição da República de 1988 que quebrou por completo o paradigma de família então existente.

Arremata-se esse breve histórico de entidade familiar reconhecida pelo Código Civil de 1916 com a seguinte lição de Viviane Girardi:

No entanto, com o decurso do tempo, com a industrialização e a conseqüente urbanização, mais tarde com a liberação sexual e a forte e progressiva participação da mulher no mercado de trabalho, a família patrilínea, matrimonializada, e com numerosa prole a servir de força de trabalho, vai perdendo espaço para outras formas e arranjos familiares, as quais encontram, na Constituição Federal de 1988, a consagração legal do reconhecimento não mais de um modelo único de família funcionalizada, mas sim de variadas formas e vinculações afetivas que podem ser entendidas juridicamente como novos conceitos de família. (GIRARDI, 2005, p. 30).

3.2 A Família e a Constituição Federal de 1988

As constantes transformações ocorridas em nossa sociedade, notadamente no que concerne às relações afetivo-familiares, revelaram a necessidade da permanente reestruturação de todo o quadro jurídico até então existente aos novos anseios da população brasileira, culminando com a promulgação da Constituição Cidadã e a consagração da igualdade entre os sexos e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Profundas mudanças foram juridicamente reconhecidas a partir da publicação da Constituição Cidadã: abolição da desigualdade entre os sexos e entre a origem da filiação, ampliação expressa do conceito de família e consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, donde se denota a importância

conferida à quebra dos valores discriminatórios que permearam a sociedade brasileira do século XX.

A partir da Constituição Federal (CF)/1988 insculpiu-se uma ordem jurídica baseada na igualdade, que não se restringia ao âmbito formal, mas em especial ao material. Nesse contexto, somente tornam-se aceitáveis discriminações juridicamente válidas, quais sejam aquelas que dispensam tratamentos direcionados, calcados em fundamentos lógico-rationais.

Revelando umas das facetas do pluralismo da sociedade brasileira, o matrimônio deixou de ser a única forma viável para a constituição de uma entidade familiar, reconhecendo-se, expressamente, a existência da família monoparental e da união estável, abandonando-se qualquer acepção restritiva do termo família.

Observe-se a disposição trazida pelo legislador constituinte:

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

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

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

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

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)

De fato, sem conceituar o termo família, o legislador constitucional preconizou o papel desta como instituto basilar da sociedade, inclusive em razão de sua importância como instrumento assecuratório da dignidade de seus integrantes. Distanciou-se, pois, dos termos limitativos existentes nas Constituições anteriores que trataram do tema, as quais foram expressas ao restringir o conceito de família à entidade formada a partir do casamento.

Assim dispunham tais Cartas Políticas:

Art. 175 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. (BRASIL, 1969)

Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§1º - O casamento é indissolúvel. (BRASIL, 1967)

Art. 163 – A família é constituída pelo casamento, de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. (BRASIL, 1946)

Art. 124 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. (BRASIL, 1937)

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado. (BRASIL, 1934)

O conceito de família passa então, por significativa transformação, distanciando-se da antiga finalidade de perpetuação do nome e do patrimônio para efetivamente demonstrar a união de pessoas em razão do afeto.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que em momento algum a carta Magna de 1988 restringiu o conceito de família à união estável e à família monoparental. Em verdade, sua preocupação maior é a realização pessoal de cada indivíduo integrante da entidade familiar, independentemente do *nomem juris* a ela atribuído. Nesse sentido, posicionam-se Lépure e Rossato:

Destaca-se, também, que o art. 226 da Constituição Federal enuncia expressamente algumas organizações familiares, como a família tradicional (formada a partir da realização do casamento), a família informal (consubstanciada a partir da união estável) e a família monoparental (configurada pela presença de apenas um dos genitores com sua prole).

Entretanto, esse rol não pode ser entendido como taxativo. Ao contrário, ele deve ser interpretado como exemplificativo, de modo a propiciar o reconhecimento de inúmeras outras formas de arranjo familiares. Não se poderia imaginar que o constituinte conseguiria, em 1988, em um exercício de futurologia, prever quais seriam as novas formas de organização familiar que se formariam dali em diante. As vertentes que envolvem as relações sociais são complexas demais para que se possa idealizar que a Constituição fixe róis taxativos. Aliás, esse detalhamento não é cabível nem mesmo em um texto constitucional analítico, como é o brasileiro, na medida em que a definição da família está ligada à complexidade da sociedade. (LÉPURE e ROSSATO, 2009, p. 28)

Perfilhando o mesmo entendimento de que o rol trazido pela CF/88 é meramente exemplificativo, tendo em vista a ausência de vedação expressa ao reconhecimento de outras formas de união como entidades familiares e, principalmente, em razão do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, da pluralidade da sociedade, do princípio da igualdade e da vedação de discriminações, Maria Berenice Dias posiciona-se:

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (DIAS, 2007, p.40)

Sustenta ainda a ilustre desembargadora Dias (2007, p. 46) que “mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, ainda assim no seu rol não se encontram enumeradas todas as conformações familiares que vicejam na sociedade.”

A existência ou não de uma estrutura familiar deve ser identificada pela presença da comunhão de interesses, amor e afeto, mostrando-se o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana como elementos norteadores da compreensão do significado atribuído à palavra família.

Nesse contexto, Dias (2007) menciona a existência da família anaparental, formada pela convivência entre parentes ou quaisquer outras pessoas que se unam dentro de uma estruturação com identidade de propósito; da família pluriparental ou mosaico, resultante da reconstrução de novas uniões após o desfazimento de relações afetivas pretéritas, seja através de divórcios ou de separações; da família paralela, formada a partir da união concubinária, onde um ou ambos os companheiros apresentam algum impedimento para contrair casamento, sendo este o marco distintivo para com a união estável.

Por fim, defende a ilustre desembargadora a existência da família homoafetiva, a qual se caracteriza pela união em caráter duradouro, permanente e estável entre duas pessoas do mesmo sexo, tendo por base o afeto recíproco que se verifica neste relacionamento.

Assim como ocorre com as demais famílias que se veem tolhidas de efetivo respaldo jurídico em razão da ausência de normas legais específicas que as regule e, principalmente, devido ao preconceito que ainda permeia nossa sociedade, as famílias homoafetivas são consideradas por parte da jurisprudência apenas como meras sociedades de fato, desprezando-se a afetividade que une estes companheiros.

Entretanto, observa-se uma nova tendência jurisprudencial, marcada por significativa evolução na interpretação legislativa no que se refere ao direito de família, o que pode ser constatado com recentes e importantes decisões nesse sentido, a exemplo do reconhecimento jurídico da união estável e da possibilidade jurídica do casamento entre pessoas de mesmo sexo.

3.3 Afetividade como elemento caracterizador das Famílias

A quebra do paradigma de modelo institucional e hierarquizado da família deu lugar à consagração do afeto como requisito indispensável para a constituição de uma entidade familiar.

A transformação da sociedade e o excessivo número de casos que acabavam no judiciário em razão da falta de regulamentação expressa acerca dos efeitos jurídicos das uniões extramatrimoniais, culminaram com a expressa regulamentação das uniões estáveis, tendo por fundamento a consagração do afeto, ou seja, do amor familiar, como elemento caracterizador destas entidades familiares. Tal fato, aliado à ausência de conceito restritivo do termo família pela Constituição Republicana fortalece o entendimento do conceito ampliativo das entidades familiares, tal como sustenta parcela da doutrina.

Nas palavras de Roger Rios citado por Vecchiatti:

O regime jurídico da família hoje vigente operou uma ruptura com o paradigma institucional antes prevalente. Este aspecto é muito importante, uma vez que em virtude desta nova disciplina constitucional pode-se conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a mobilidade que a dinâmica social lhe exige, sem a fixidez de um modelo único que desconheça a pluralidade de estilos de vida e de crenças e o pluralismo que caracterizam nossos dias. (RIOS apud VECCHIATTI, 2012, p. 205).

De fato, é o afeto aliado ao intuito de constituir uma sociedade de comunhão de vida e interesses, marcada pela notoriedade, continuidade e estabilidade que identifica uma estrutura familiar. A compreensão do que constitui a família contemporânea pressupõe a identificação do elemento que leve ao reconhecimento da origem do relacionamento entre determinadas pessoas, tratando-se este, do afeto, do envolvimento emocional que retira um relacionamento do campo obrigacional, levando-o ao familiar (DIAS, apud VECCHIATTI, 2012, p. 172).

Não é mais possível deixar de reconhecer a família brasileira como tendo se tornado um espaço para a realização existencial, sendo, portanto, um lugar de afetividade por excelência.

A solidariedade presente na família pode ser identificada como uma relação de amparo recíproco, em especial nos momentos de crise. Os sentimentos e os gestos que envolvem a solidariedade familiar, ou seja, o afeto, a assistência, o respeito, quando adentram a seara do Poder Judiciário, devem ser traduzidos em valores e condutas e, por conseguinte, transformados em direitos e deveres.

Deste modo, da mesma forma deve se proceder à percepção das relações homoafetivas, porquanto a exigência da diversidade de sexos como elemento substancial para a caracterização da família não pode ser admitida, considerando os elementos que modernamente figuram como caracterizadores da família. Sobre o tema, aduz Aimbere Francisco Torres:

Com efeito, igual tratamento deve ser atribuído às relações homoafetivas por nossos operadores do direito diante da eleição desses novos sentimentos caracterizadores da família, notadamente se e quando sustentadas pelos valores do afeto e do cuidado. Porquanto qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura-se claro desrespeito à dignidade humana. (TORRES, 2009, p. 75)

O reconhecimento do afeto como elemento estruturante da família é de extrema importância, pois é através desta que o indivíduo poderá exercer com plenitude sua personalidade jurídica, garantindo-lhe o pleno desenvolvimento físico e mental.

O Código Civil estabelece em seu artigo 1.723 que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública,

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 2002).

Note-se que apesar de o referido dispositivo, bem como o texto constitucional, exigirem a diversidade de sexos para a configuração da união estável, não se pode negar efeitos jurídicos à união contínua, duradoura e notória que porventura exista entre pessoas de idêntico sexo. Neste sentido, despontam entendimentos sobre a possibilidade de conferir a tais relacionamentos o status de entidade igualmente familiar, posto que inexistem motivos relevantes e suficientes para embasar qualquer discriminação a esta forma de relacionamento.

Há de se observar ainda, que a exclusão jurídica causa, mesmo que de forma indireta, exclusão social. Ao afastar de sua regulamentação certas situações (aqui se faz referência à ausência de regramentos legais específicos), o legislador acaba por dar ensejo ao fortalecimento de discriminações infundadas, baseadas na precária argumentação de que se o próprio Direito não reconhece a existência de certo fato, é porque aquele deve ser tido como antijurídico.

Neste viés, ressalta-se o dever tanto do judiciário em colmatar as lacunas legislativas, possibilitando o pleno exercício dos direitos daqueles que se encontram em situação semelhante, bem como do próprio legislador em erigir disposições específicas que elidam as injustiças porventura existentes.

4 DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

4.1 Da omissão legislativa

Apesar de não ser fato novo, como inicialmente abordado por este trabalho, o relacionamento homossexual, por não possuir regramento específico nas questões que lhe cercam, acaba por tornar-se marginalizado sob diversos aspectos, cerceando-lhe múltiplos direitos, em completa afronta aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, expressamente consagrados pela Constituição Republicana de 1988.

A despeito da quase total inércia do Poder Legislativo, o Judiciário, invocando vários princípios constitucionais, vem reconhecendo e outorgando direitos aos homossexuais. Entretanto, esse fato não exclui a necessidade de se legislar sobre o tema, de modo a permitir que se tenha o direito reconhecido, sem que para isso, se precise recorrer sempre aos Tribunais.

Visando estabelecer normas específicas sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, o Projeto de Lei 1.151/95 de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, tramita no Congresso Nacional há quase 20 (vinte) anos, atualmente sob o cognome Parceria Civil Registrada, após apresentação de substitutivo apresentado pelo deputado Roberto Jefferson, encontrando-se pronto para votação, tendo sido, contudo, retirado de pauta por várias vezes, permanecendo até o momento apenas no papel.

Importante registrar que, tal como aponta Dias (2009), apesar da existência de dispositivos de duvidosa constitucionalidade, presentes no mencionado Projeto de Lei, como a vedação expressa à adoção, guarda e tutela de crianças ou adolescentes aos parceiros homossexuais, a votação deste projeto revelaria grande avanço no tocante à regulamentação das uniões homoafetivas no Brasil, por garantir sua inserção no âmbito da juridicidade, imprimindo efetividade ao próprio princípio da segurança jurídica.

Outro Projeto de Lei de grande repercussão que tramita perante o Congresso Nacional é o Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007), elaborado no ano de 2007 pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o qual, dentre outros aspectos, reconhece a união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável. Por oportuno, transcreve-se o teor do artigo 68 do mencionado Projeto de Lei:

Art. 68 – É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

- I – guarda e convivência com os filhos;
- II – a adoção de filhos;
- III – direito previdenciário;
- IV – direito à herança. (BRASIL, 2007)

O completo vácuo legislativo acerca do tema foi dirimido com a publicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a qual deixava transparecer a possibilidade de o conceito de família alcançar as uniões homoafetivas. Observe-se:

Art.5º - Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

- I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III – **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (BRASIL, 2006, sem grifos no original)

Sobre o tema, Maria Berenice Dias manifesta-se com clareza:

Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica acontece no ambiente familiar. Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. (DIAS, 2009, p. 141)

A conclusão de que violência doméstica é aquela que ocorre no seio familiar decorre da própria acepção do verbete ‘doméstico’, o qual, para Bueno (1994), refere-se ao adjetivo ‘familiar’.

Outrossim, percebe-se que a Lei 11.340/2006 acaba por ratificar a ideia de que o conceito de família deve ser observado em sua forma mais ampla, para incluir relacionamentos diversos daqueles já expressamente consignados no texto constitucional.

Frise-se por oportuno, que apesar de a previsão legal restringir-se ao relacionamento entre mulheres, visto que a lei visa coibir a violência doméstica e familiar tão somente contra a mulher, nota-se que a ação do legislador demonstra possível mudança de postura no que concerne ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

A ausência de legislação pertinente aos direitos homoafetivos, entre outros tantos fatores, por vezes, impede a adoção por casais de idêntico sexo, que por muito tempo, não receberam tratamento isonômico, quando comparado àqueles dispensados aos casais heteroafetivos. Como se verá mais adiante, a adoção conjunta possui como um de seus requisitos que os pretendentes vivam em união estável ou sejam civilmente casados, residindo neste ponto um dos grandes entraves à adoção ora comentada.

Entretanto, em decisão recente, mais precisamente em 06 de maio de 2011, pelo Superior Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 (DF), em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (RJ), foi garantido reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, produzindo eficácia contra todos (erga omnes) e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública – nos termos do artigo 102, III, § 3º, da Constituição Federal e das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

Indispensável, pois, a transcrição da respectiva ementa:

1. (...). 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.²

Pouco tempo depois, em 25 de outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguindo a linha de entendimento do Superior Tribunal Federal, autorizou, pela primeira vez na história do tribunal, um casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo, por meio do julgamento do REsp 1183378³. A decisão, apesar de não ser "vinculante", ou seja, não obriga juízes e tribunais estaduais a seguirem a mesma linha, passa a representar a jurisprudência do STJ e uma orientação importante para magistrados. Ressalte-se ainda, que já haviam decisões anteriores nas Justiças estaduais que autorizaram o casamento direto de homossexuais, nos moldes do heterossexual.

² SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, RJ. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 Divulg. 13-10-2011. Public. 14-10-2011. Ement. Vol.-02607-01 PP-00001.

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2012).

5 A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 Histórico

A par das disposições contidas nas ordenações do reino que, mesmo após a independência do Brasil, permaneceram vigentes até a entrada em vigor do código civil de 1916, a primeira sistematização de normas atinentes à adoção veio a lume através da supracitada codificação civilista.

Neste momento, a adoção tinha por finalidade primordial a concessão de filhos àqueles que não podiam gerá-los de forma natural. De fato, como bem salienta Venosa (2004, p 334) “a adoção, no código civil de 1916, de lei eminentemente patrimonial visava proeminente a pessoa dos adotantes, ficando o adotado em segundo plano, aspecto que já não é admitido na moderna adoção.”

Os requisitos básicos traçados na referida legislação civilista para a adoção seriam a ausência de prole legítima ou legitimada e idade superior a 50 (cinquenta) anos, requisito etário que permaneceu até a modificação trazida pela lei 3.133/57 que reduziu este limite para trinta anos de idade.

A citada lei, apesar de facilitar a adoção, revelava uma face patrimonialista, ao dispensar tratamento discriminatório ao filho adotivo no campo sucessório conforme redação do art. 1605, §2º da mencionada legislação. Nesse contexto, se a prole natural fosse anterior à adoção, nenhum direito caberia ao adotado; caso fosse-lhe posterior, ao filho adotivo caberia, tão somente, metade da herança que tocaria ao filho biológico.

Com o advento da lei 4655/1965, foi criada em nosso ordenamento jurídico a legitimação adotiva, a qual preconizava que a adoção seria efetivada a partir de decisão judicial, não podendo posteriormente ser revogada, além de implicar na extinção de todos os vínculos de parentesco do adotado com sua família natural, com exceção dos impedimentos materiais.

Ao lado da legitimação adotiva, permanecia a existência da adoção simples, regulada pelo código civil, que tinha a revogabilidade como principal elemento diferenciador.

Instituído pela lei 6.697/79, o código de menores revogou expressamente a legitimação adotiva e introduziu a adoção plena do ordenamento jurídico pátrio, a qual passou a coexistir com a adoção simples, regulada pelo código civil de 1916. Sobre o assunto, manifestam-se Lépore e Rossato:

Já em 1979, com a edição do Código de Menores, que encampava a doutrina da situação irregular, restou determinado que a adoção de adultos fosse regida pelo Código Civil, e a de menores (termo considerado pejorativo nos dias atuais para considerar crianças e adolescentes) regida pelo próprio Código Menorista, com a subdivisão em adoção plena e adoção simples. (LÉPORE; ROSSATO, 2009, p. 42).

Manteve-se, pois, a dicotomia da adoção: de um lado a adoção simples, de outro a adoção plena. A primeira, regulada pelo Código Civil, circunscrevia a relação de parentesco entre o adotante e o adotado, sem eliminar os laços de parentesco deste com sua família natural, além de ser suscetível de revogação. A última, regida pela lei 6.679/79, seria aplicada aos *menores* de até 18 anos que se encontrassem em situação irregular, nos termos do artigo 2º daquele Estatuto, tendo por características fundamentais a promoção da extinção de todos os vínculos do adotado e sua família natural, exceto dos impedimentos matrimoniais, bem como a insuscetibilidade de sua revogação.

O ápice das transformações do instituto jurídico da adoção efetiva-se, verdadeiramente, com a publicação da Magna Carta de 1988, a qual consagra a aplicação do princípio da igualdade na filiação, seja ela adotiva ou biológica.

Dispõe o referido texto constitucional:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988, sem grifo no original)

Em consonância com este entendimento, a lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, criada para regulamentar, dentre outros temas, a adoção de crianças e adolescentes menores de 18 anos, assegurou, em seu art. 41, aos filhos adotivos todos os direitos conferidos aos filhos biológicos, nos seguintes termos: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (BRASIL, 1990).

Por sua vez, a adoção dos maiores de idade, até a entrada em vigor no Código Civil de 2002, continuou a ser regulamentada pelo Código Civil de 1916. Note-se, todavia, que muitas normas da antiga legislação civilista tiveram sua incidência restringida, pois, conforme assevera Dias (2007) a adoção de maiores de idade passou a ser analisada sob a ótica da sistemática instituída pela nova ordem constitucional, que impossibilitou a aplicação de dispositivos que realizassem distinções discriminatórias em razão da origem da filiação.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, a antiga sistemática da adoção simples e plena deixou de existir, tornando-se todas suas modalidades (adoção de crianças e adolescentes ou adoção de adultos) irrevogáveis e carecedoras de prévia decisão judicial.

Note-se que com a vigência da Lei 12.010/2009, tanto a adoção de crianças e adolescentes quanto a adoção de adultos passaram a ser regidas pela Lei 8.069/90, consoante se infere da leitura da nova redação dos artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil:

Art. 1.619 - A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá de assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da criança e do adolescente. (Redação dada pela lei n° 12.010, de 2009). (BRASIL, 2002).

Assim, Lépore e Rossato (2009) apontam que a lei 12.010/2009 encerra a discussão em torno de se determinar qual é o documento legal regente das adoções, uma vez que a partir da sua vigência, todas as adoções, sejam de crianças, adolescentes ou adultos, serão regidas pelo Estatuto.

Observe-se, contudo, o dever de serem respeitadas as particularidades próprias das adoções de adultos, de modo que as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que se revelem incompatíveis com este tipo de adoção não deverão ser a elas aplicadas.

5.2 Conceito e Finalidades

Considera-se adoção o ato jurídico solene através do qual se possibilita a formação de vínculo jurídico de parentesco civil entre adotante e adotado, propiciando a este a possibilidade de desfrutar de um ambiente familiar sadio, capaz de promover-lhes o bem-estar físico e mental, assegurando, assim, o respeito à primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, para a professora Maria Helena Diniz:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente 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. (DINIZ, 2007, p. 483)

Conforme já mencionado, tanto a adoção de crianças e adolescentes quanto a adoção de adultos requerem a observância do regramento contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, dependendo em ambos os casos de provimento jurisdicional capaz de criar uma nova relação jurídica entre adotado e adotante, promovendo a eficácia à adoção. Nesse sentido, dispõe a Lei 8.069/90 e o Código Civil de 2002:

Art. 1.619 – A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990-Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL, 2002)

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

§ 7º. A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990).

Importante ressaltar que a nova ordem constitucional veda qualquer discriminação em face da origem da filiação, sendo, pois, indiscutível que o vínculo de parentesco civil decorrente da adoção usufrui das mesmas prerrogativas conferidas à filiação biológica, preceito este, inclusive, incluído de forma expressa no texto da Lei 8.069/90.

Imprescindível o reconhecimento da igualdade entre filiação adotiva e a biológica, sob pena de frustrar o próprio escopo do instituto da adoção. De fato, a adoção não tem mais por finalidade precípua o resguardo dos interesses do adotante que, incapaz de ter filhos, utiliza-se desse instrumento jurídico para concretizar seu anseio. Hoje, a adoção tem como objetivo primordial a inserção da criança ou adolescente em um ambiente familiar, no qual poderá, através do afeto existente entre seus componentes, desenvolver-se de forma integrada e sadia, sendo a oferta de reais vantagens ao adotado pressuposto inafastável para a adoção, conforme preceitua o art. 43 da Lei 8.069/90.

5.3 Requisitos

Por ser um ato solene, a eficácia da adoção está condicionada a observância de certos requisitos legais.

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 327) conceitua adoção como “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”. Desta conceituação pode-se extrair o fundamento do primeiro requisito para a adoção, qual seja a idade das partes envolvidas neste ato jurídico.

Neste passo, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no § 3º do art. 42 que “o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando.” (BRASIL, 1990). Além da diferença mínima de dezesseis anos, entre as partes envolvidas, o adotante deve contar com, no mínimo, dezoito anos de idade, consoante redação dada pela Lei 12.010/2009 ao art. 42 do referido Estatuto.

Ademais, a nova redação do art. 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar dos legitimados para pleitear a adoção de forma conjunta não mais faz referência ao termo concubino, passando a dispor que “para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. (BRASIL, 1990).

Este dispositivo legal, que até então supostamente constituía óbice à adoção conjunta por pares homoafetivos, dado o fato de não ser reconhecida a família homoafetiva, não poderá mais ser utilizado como argumento contrário à permissão legal para a adoção discutida no presente trabalho, tendo em vista o novo posicionamento jurisprudencial que reconheceu a união estável homoafetiva (ADI 132 e ADPF 4.277, STF), bem como o casamento civil entre pessoas de idêntico sexo (REsp. 1.183.348, STJ), ainda que este último careça de consolidação jurisprudencial.

Frise-se, entretanto, que mesmo antes dos mencionados julgados do STF e STJ, apesar de a legislação infraconstitucional ao tratar da adoção conjunta exigir a existência de relacionamento matrimonial ou decorrente de união estável, tal fato não pode ser considerado como impedimento à adoção por casais homoafetivos, tendo em vista o novo paradigma caracterizador das famílias, qual seja, o afeto, bem como em virtude do próprio princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Em brilhante abordagem do tema por Vecchiati:

Dessa forma, antes da decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277, já se podia dizer que, ante a lacuna da legislação a respeito, é cabível uma interpretação extensiva ou uma analogia para permitir que homossexuais solteiros e casais homoafetivos adotem crianças e adolescentes, por força dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, e dada a absoluta ausência de prejuízos ocasionados por essa adoção ao menor, que, muito pelo contrário, passará a receber amor, solidariedade, respeito, confiança e todos os valores que configuram uma vida digna, em atendimento ao seu direito a ser adotado. (VECCHIATTI, 2012, p. 510)

Nessa mesma linha de entendimento, Lépore e Rossato informam:

Segundo interpretação tradicional, ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se marido e mulher, ou se viverem em união estável. O Estatuto e o Código Civil de 2002 não admitiram, literalmente, a

possibilidade de adoção por duas pessoas do mesmo sexo (não existe previsão legal para a união homoafetiva, como espécie de união estável).

Não obstante, já se vem reconhecendo a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, desde que tal união possa ser reconhecida como entidade familiar, com suas características próprias (estabilidade, ostensibilidade e traços afetivos sólidos). (LÉPORE; ROSSATO, 2009, p. 44)

Ademais, é importante mencionar que inexistente qualquer vedação expressa à possibilidade de adoção por homossexuais, quer seja isoladamente ou em conjunto. Não se pode aceitar que a ausência de dispositivos legais acerca da adoção por homossexuais acarrete a inviabilidade de tal pleito, sob pena de violação à ordem principiológica que rege qualquer Estado Democrático de Direito, razão pela qual se torna imprescindível, até a supressão da omissão legislativa, que o Poder Judiciário, por meio da analogia ou mesmo da interpretação extensiva, possibilite o completo exercício de direitos daqueles que aguardam sua colocação em um seio familiar onde seja recebido com amor e compreensão, bem como daqueles que almejam constituir uma família a partir do vínculo jurídico da adoção. Para LIBERATTI, “O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva.” (2008, p 42).

Com efeito, a própria Carta vigente estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei (art. 5º, III, CF), de forma que as pessoas que possuem uma orientação sexual diversa daquela dominante não podem, simplesmente por este fato, ser impedidas de formalizarem vínculos afetivos por meio da adoção, se deste ato puder advir reais vantagens ao adotando.

A Lei 8.069/90 possibilita ainda que os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros adotem de forma conjunta, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência, bem como reste comprovada a existência de vínculo de afinidade e afetividade entre a criança ou adolescente que se tenciona adotar e aquele que não seja o detentor da guarda, nos termos do art. 42, §4º deste Estatuto. Neste ponto, a inovação fica por conta da inserção da expressão ‘ex-companheiros’, inexistente na redação original dessa norma do Estatuto.

Além disso, note-se que o mencionado dispositivo deixa de forma explícita a necessidade de afinidade entre as partes envolvidas para que a adoção se concretize, sobrelevando, pois, o valor da afetividade nas relações familiares.

Outro requisito da adoção é o estágio de convivência, o qual tem por finalidade aferir a possibilidade do sucesso daquela, resguardando os interesses do adotando, já que uma vez efetivada, restará impossibilitada sua revogação. Para atingir tal desiderato, o estágio de convivência será acompanhado por uma equipe interprofissional que analisará em cada caso concreto a conveniência do deferimento do pedido de adoção. Sobre o tema, por oportuno, transcreve-se o dispositivo legal que o disciplina:

Art. 46 - A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§1º - O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§2º - A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela lei nº12.010 de 2009). (BRASIL, 1990)

Antes da reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente em dois casos poderia o estágio de convivência ser dispensado: adotando com idade inferior a um ano e em caso de o adotando já se encontrar na companhia do adotante por tempo suficiente para avaliar a conveniência da constituição do vínculo. Tal norma, conforme informam Lépure e Rossato (2009), sempre fora bastante criticada no sentido de que os pais precisariam se adaptar ao fato de terem um bebê em casa, sendo indevida a dispensa de estágio de convivência nessa hipótese.

Assim, atendendo aos constantes reclamos, a partir da entrada em vigor da Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, o estágio de convivência tornou-se obrigatório até mesmo para a adoção de menores de um ano, o que, por certo, contribui para uma análise mais profunda da condição do adotante como garante da disponibilização de um ambiente familiar apto a resguardar os interesses da criança adotada.

Desta forma, o estágio de convivência somente poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo, conforme preceitua o art. 46, §1º da Lei 8.069/90. Além disso, o art. 46, §2º desta lei somente considera, para fins de dispensa

do estágio de convivência, o período em que o adotando estiver sob tutela ou guarda legal do adotante, sendo insuficiente a simples guarda de fato.

Todas essas modificações quanto ao estágio de convivência visam assegurar que a adoção efetivamente constitua reais vantagens ao menor, razão pela qual deve “sempre haver a verificação de eventual vínculo familiar formado” (LÉPORE; ROSSATO, 2009, p. 54).

A eficácia da adoção requer ainda o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo somente dispensável se estes forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (art. 45, §1º da lei 8.069/90).

No tocante a possibilidade de retratação do consentimento, o pretérito artigo 1.621, §1º do Código Civil dispunha que o consentimento poderia ser revogado até a publicação da sentença constitutiva da adoção. Todavia, por inexistir qualquer menção à possibilidade de revogação de tal ato no Estatuto da Criança e do Adolescente, alguns doutrinadores sustentavam a impossibilidade de sua aplicação para os casos de adoção de crianças e adolescentes, tendo em vista, especialmente, a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, Sílvio Rodrigues:

Permitir a retratação do consentimento, até a publicação da sentença, se for ela manifestada no final do processo, certamente trará numerosos transtornos processuais, além de ensejar significativo desgaste emocional ao menor se já adaptado, no estágio de convivência e guarda provisória, à nova família, podendo representar traumática frustração das expectativas do menor e dos próprios adotantes. (RODRIGUES, 2007, p. 346).

Contudo, com a entrada em vigor da Lei 12.010/2009, incluiu-se, de forma expressa, no art. 166, §5º do Estatuto da Criança e do Adolescente a possibilidade de o consentimento ser retratado, nos seguintes termos: “O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.” (BRASIL, 1990)

Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros (2009) a possibilidade de retratação da concordância até a data da publicação da sentença mostra-se coerente com o sistema adotado pelo legislador, visto que os efeitos da adoção somente se efetivam a partir do trânsito em julgado da sentença.

Note-se que além do consentimento dos pais ou representante do adotando, faz-se imprescindível a concordância deste se o mesmo for adolescente com mais de doze anos, sendo certo que ainda que não atingida esta idade a criança deverá, se possível, ser previamente ouvida para que expresse sua opinião, como forma de resguardar seus próprios interesses, consoante inteligência do artigo 28, §1º da Lei 8.069/90:

Art. 28 - A colocação em família substituta far-se-à mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º - 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. (Redação dada pela Lei n 12.010, de 2009)

§ 2º - Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990)

No tocante a colheita do consentimento, importante trazer à baila apontamento da Associação dos Magistrados Brasileiros (2009) no qual enfatiza a importância da presença de equipe multidisciplinar no momento da oitiva da criança para colheita de sua opinião acerca de adoção:

A antiga redação do § 1º, do art. 28, mencionava apenas que o adolescente deveria ser previamente ouvido e ter sua opinião considerada, indicando que o fato de ser ouvido em audiência perante o juiz fazia que a regra restasse cumprida. Agora, a nova redação prevê a atuação dos serviços auxiliares encarregados de assessorar a Justiça da infância e da juventude, que passam a ter a atribuição de ouvir a criança e o adolescente acerca do pleito de adoção. Em apenas outras três oportunidades o Estatuto faz menção expressa à necessidade da atuação da equipe interprofissional (arts. 161, § 1º, 161, § 1º, 167, caput e 186, § 4º), o que demonstra a importância da opção por parte do legislador em atribuir a oitiva do adotando pela equipe técnica e não mais pela autoridade judiciária.

Por fim, por depender da existência de sentença constitutiva, a adoção pressupõe a existência de processo judicial com obrigatória intervenção do Ministério Público, ainda que

se trate de adoção de maiores de dezoito anos. Tratando-se de adoção com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência para apreciação e julgamento do feito será da Justiça da Infância e da Juventude, enquanto que para a adoção de maiores, regida, portanto, pelo Código Civil, será de competência da Vara de Família e, caso esta inexistir, da Vara Cível.

5.4 Efeitos

A partir da sentença constitutiva da adoção cria-se entre adotante e adotado vínculo jurídico de parentesco civil à semelhança da filiação biológica, integrando-o de forma completa e definitiva à família do adotante, de forma que a adoção implica a extinção do vínculo de parentesco do adotado com sua família de origem, exceto no tocante aos impedimentos matrimoniais, conforme preconiza a Lei 8.069/90 em seu artigo 41, bem como restará insuscetível de revogação, consoante o teor do artigo 39, §1º da referida legislação.

De fato, consoante assevera Silvio Rodrigues (2007) seria incoerente aceitar-se que mesmo após a efetivação da adoção, os pais biológicos pudessem interferir nas decisões tomadas pela família sócio-afetiva ou pudessem de qualquer outra forma turbar a vida em comum agora existente entre adotante e adotado.

Note-se que o parentesco civil decorrente da adoção não somente se circunscreve às partes envolvidas, ampliando-se à família do adotante, sendo vedada, inclusive, qualquer discriminação em decorrência da origem da filiação, consoante previsão do art. 20 da Lei 8.069/90.

Desta forma, o filho adotivo terá os mesmos direitos do filho consanguíneo, sejam eles pessoais ou patrimoniais.

Nesse sentido, o adotante, caso o adotado tenha menos de dezoito anos, exercerá o poder familiar com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes. O Código Civil ao dispor sobre o tema preceitua o seguinte:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Além disso, terá o adotante o dever de sustentar o adotado enquanto durar o poder familiar, bom como o de prestar alimentos, ainda que atingida a maioridade, desde que o adotado deles necessite para sobreviver, segundo dispõe o artigo 1.696 do Código Civil. O mesmo dever é erigido ao filho que deverá, inclusive, amparar seus pais na velhice.

No campo sucessório a igualdade entre filhos adotivos e biológicos permanece, de forma que a natureza do vínculo de parentesco não implicará em qualquer restrição de direitos, sendo o adotado herdeiro necessário em caso de eventual morte do adotante, podendo, inclusive, representá-lo em caso de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante, cabendo igual direito ao adotante.

Por fim, mencione-se que os efeitos da adoção operam a partir da prolação da sentença que constitui o vínculo de parentesco entre as partes, salvo se o adotante vier a falecer no curso do processo, caso em que os efeitos retroagirão à data do óbito. Para tanto, contudo, faz-se necessário que o adotante, quando em vida e no curso do processo de adoção, tenha manifestado de forma inequívoca a vontade de efetivar a adoção, nos exatos termos do art. 42, §6º da Lei 8.069/90.

6 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Traçadas as linhas gerais acerca da concepção hodierna do termo família e sobre o instituto da adoção, bem como realizada breve análise da presença do homossexualismo no decorrer da evolução de diversas sociedades, torna-se viável o questionamento sobre a possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, tendo por base, notadamente, os princípios insculpidos na Carta Política de 1988, bem como o novo paradigma de família por esta instituída.

6.1 Dos princípios atinentes à matéria

Segundo lição de Bonavides (2005, p. 271) “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”, de onde se extrai a compreensão de que regras e princípios nada mais são senão espécies de normas, afastando-se da distinção entre normas e princípios defendida por José Afonso da Silva (2006).

Seguindo esse pensamento, Ana Paula Barion apresenta a seguinte distinção entre regras e princípios:

As regras caracterizam-se por uma eficácia restrita às situações por ela reguladas. Os princípios, por sua vez, possuem maior abstração, tendo um campo de atuação mais vasto dentro do sistema jurídico. Nesse sentido, têm por função, além de uma ação imediata, quando regulam diretamente uma determinada relação jurídica, interpretar e integrar o texto constitucional (ações mediatas). (PERES, 2006).

De fato, os princípios caracterizam-se por serem normas de alto grau de generalidade e indeterminação que, em razão da função normativa, interpretativa e integrativas, consubstanciam verdadeira chave de todo o sistema normativo. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo formula sua conceituação de princípio jurídico:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. (MELO, apud SILVA, 2006, p. 91)

Outrossim, uma vez reconhecida a importância da aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais como elementos normativos, interpretativos e integrativos, revela-se a imprescindibilidade da análise da base principiológica que rege a matéria atinente a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos.

6.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Em resposta às atrocidades e barbáries que marcaram o período da Segunda Guerra Mundial, desponta, na segunda metade do século XX, a preocupação com os direitos humanos, os quais ganham relevo especial com a consagração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948.

Em suas disposições iniciais, a Declaração Universal dos direitos do Homem já revela a preocupação com a dignidade da pessoa humana ao preconizar que “o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis **é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo**”. (1948, sem grifo no original)

De fato, o *status* conferido à dignidade da pessoa humana ganha posição de destaque, passando a integrar o corpo das cartas políticas dos países fundados sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a Magna Carta de 1988 eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, revelando-se como viga mestra do ordenamento jurídico pátrio, tal como afirma Girardi:

Inserido nesse cenário, o ordenamento constitucional brasileiro também recepcionou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos

fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecendo com isso que a proteção da pessoa humana é pressuposto e fundamento da ordem jurídica nacional, devendo o ser humano, enquanto tal, ser respeitado independentemente de diversos outros atributos, tais como raça, religião, condição social, sexo, idade, etc., pelo simples fato de pertencer e integrar a comunidade de seres humanos. (GIRARDI, 2005, p. 49)

Ao estatuir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, torna-se inquestionável o dever de o Estado assegurar os meios necessários para a realização pessoal de cada um de seus membros, possibilitando a plena satisfação de suas necessidades e, por conseguinte, a completa realização dos direitos inerentes à sua personalidade.

Nesse contexto, Girardi (2005) confere ao princípio da dignidade da pessoa humana a característica de cláusula geral da personalidade, uma vez que aquele permite, não obstante a alta complexidade da sociedade moderna, que o Estado proteja em todos os momentos cada um dos múltiplos direitos decorrentes da personalidade humana que se encontrem ameaçados ou violados.

Somente através da completa e efetiva satisfação dos direitos da personalidade, torna-se possível o alcance da felicidade de cada um dos membros de uma sociedade, razão pela qual se mostram indevidas quaisquer repressões fundadas, unicamente no modo de agir e pensar de seus indivíduos.

Ora, a homossexualidade não implica qualquer prejuízo a terceiros, fato este que impede que o preconceito e meros juízos de valor desprovidos de razoabilidade e fundamentação lógica obstem a concessão de direitos, em decorrência pura e simples, de sua orientação sexual. Somente através da livre manifestação de sua sexualidade poderá o indivíduo alcançar a sua verdadeira felicidade existencial. Segundo Maria Berenice Dias:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre

exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais. (2010)

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos. (BARROSO, 2006, p. 07)

A orientação sexual dos indivíduos não pode ser considerada como indicador de um padrão de vida dotado de maior ou menor dignidade e valia social e jurídica, pois aquela constitui fato natural da vida humana, não podendo ser atribuído juízo de valor negativo a conduta daqueles que apresentam orientação sexual diversa da heterossexual, sob pena de lesar o próprio princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, frise-se que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é de tal monta que alguns sustentam a tese de sua absoluta intangibilidade. Nesses termos, Jorge Miranda traz à baila notável ensinamento de Castanheira Neves:

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária e social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. (NEVES, 1996 apud MIRANDA, 2006, p. 476-477).

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, em que pese não reconheça a natureza absoluta desse princípio, assevera o valor da dignidade da pessoa humana como instrumento de realização da felicidade dos membros da sociedade e de concretização de diversos outros direitos fundamentais. Veja-se:

[...] a dignidade da pessoa humana impõe o respeito à individualidade das pessoas, à liberdade de consciência delas, no sentido de terem autonomia moral, ou seja, poderem viver suas vidas da forma que melhor lhes convenha desde que, evidentemente, não prejudiquem terceiros, prejuízo este que inexistente na homoafetividade. (VECCHIATTI, 2012, p. 163).

De igual forma, aceita-se a tese de que a orientação sexual é fato diretamente ligado à personalidade do indivíduo, e tem-se por inafastável o papel da dignidade da pessoa humana como instrumento concretizador dos direitos inerentes a cada um dos membros da sociedade.

6.1.2 Princípio da igualdade

O estudo do princípio da igualdade pressupõe a prévia compreensão de que a sociedade dos homens é plural, razão pela qual necessita não somente de leis que confirmem tratamento equânime a todos os indivíduos que a elas se encontram vinculados, mas acima de tudo, requer a adoção de mecanismos que possibilitem a minoração das diferenças naturalmente existentes entre os componentes do seio social.

De fato, em uma mesma sociedade é possível verificar-se a multifacetada gama de valores e indivíduos que a compõe: pobres ou ricos; instruídos ou desprovidos de qualquer ensino escolar básico; religiosos, ateus ou agnósticos; heterossexuais, homossexuais ou mesmo bissexuais, etc.

Cada uma dessas particularidades deve ser considerada no momento da aplicação da lei, pois, conforme assevera Girardi (2005), do contrário, acirrar-se-á o abismo entre os não iguais ao invés de equipará-los a partir das diferenças a estes inerentes.

Nesse sentido Carlos David Aarão Reis se posiciona:

Embora com risco de parecer tedioso, convém insistir na diversidade humana, decorrente de fatores naturais ou sociais (ou ambos). Os indivíduos são diferentes entre si em capacidades física e intelectual, em inteligência e caráter, em preferências e aptidões, não tendo qualquer Declaração des Droits o condão de aplinar estas desigualdades. Portanto a igualdade absoluta não é possível, pois contraria a natureza das coisas e do ser humano. (REIS, 1992 apud GIRARDI, 2005, p. 75).

Com efeito, o princípio da igualdade não pode se resumir a simples igualdade formal, ou seja, a mera igualdade perante a lei. A realização concreta deste princípio pressupõe a consagração de uma igualdade substancial ou material, igualdade esta analisada sob a perspectiva da igualdade na lei, sendo indispensável a utilização de mecanismos que, ao possibilitar o tratamento diferenciado, assegurem a efetiva equiparação entre cada um dos indivíduos que fazem parte de uma dada sociedade. Neste sentido, Lima esclarece:

Não basta que a lei seja aplicada igualmente a todos, é também imprescindível que a lei em si considere a todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevailecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal. (LIMA, 1993 apud DIAS, 2009, p. 107-108).

Em verdade, todos os indivíduos devem ser tratados de forma isonômica, a menos que se encontrem acobertados por situações desiguais que reclamem a adoção de critérios diferenciadores para o alcance de uma igualdade substancial. Em qualquer caso, contudo, somente se revelam válidas as discriminações baseadas em critérios lógico-rationais, sob pena, inclusive, de configurar patente inconstitucionalidade, devido à lesão ao princípio da igualdade. Para Girardi:

O princípio isonômico em relação aos homossexuais estará violado quando a homossexualidade for utilizada como um critério discriminatório, sem justificativas racionais, as quais encontram sua base nos valores estabelecidos na ordem constitucional, especialmente nos direitos fundamentais. (GIRARDI, 2005, p. 81).

Desta forma, o tratamento diferenciado somente se reputa juridicamente válido se fundado em elemento de desigualação que se fundamente nos valores prestigiados pela ordem constitucional vigente, que, conforme já asseverado, tem por viga mestra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, conforme bem salienta Canotilho (2001) apud Vechiatti (2008) o princípio da isonomia como forma de eliminação das desigualdades físicas, impõe o dever, ainda que relativo, de legislação, no sentido de que quando existirem pessoas essencialmente iguais àquelas que foram objeto de regulamentação legal, o princípio da igualdade exigirá para estas uma disciplina legal igual àquela estabelecida para os casos já regulados. Nesse sentido, observe-se trecho da ADPF 132:

Em primeiro lugar, veja-se que a jurisprudência desse Eg. STF reconhece de maneira pacífica a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, ainda quando não haja legislação infraconstitucional dispendo sobre determinada questão específica. E isso até mesmo para impor aos particulares um dever de não-discriminação, superando eventuais considerações sobre a autonomia privada das partes envolvidas. Com muito mais razão, não deve essa Eg. Corte hesitar em coibir discriminação praticada pelo próprio Poder Público, a quem se reconhece não apenas a obrigação de se abster de violar direitos fundamentais, mas também um dever positivo de atuar na sua proteção e promoção. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132; Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Carlos Ayres Britto, p. 18).

Ora, apesar de não haver disposições legais expressas que autorizem a adoção por casais homoafetivos, uma vez que a Lei. 8.069/90 apenas se reporta a exigência de casamento ou união estável para adoção em conjunto, deve-se reconhecer, como forma de assegurar a efetividade do princípio da igualdade, que aos casais homossexuais seja igualmente resguardada a possibilidade de pleitear a adoção de crianças e adolescentes. Isto porque inexistem argumentos plausíveis que justifiquem qualquer discriminação em sentido diverso, posto que a união estável homoafetiva, a despeito da lacuna legislativa, já possui jurisprudência consolidada no sentido de reconhecê-la, traçando trajetória semelhante o casamento civil homoafetivo, o que requer, portanto, a concessão de tratamento isonômico.

Com efeito, o mero fato de um indivíduo possuir orientação sexual diversa da parcela majoritária de uma sociedade não o torna menos merecedor de proteção e respaldo jurídico.

Aliás, a própria Constituição Federal de 1988 consagra a vedação de tratamento discriminatório, seja qual for sua origem, nos exatos termos do art. 3º, IV e art. 5º, caput desta Carta Política, impedindo, pois, qualquer discrimen baseado na conduta afetiva do indivíduo.

6.1.3 Princípio da liberdade

Visando conter arbítrios e assegurar a autonomia da vontade, desde que respeitados os direitos de terceiros, a Constituição Cidadã fez menção expressa ao princípio da liberdade no rol dos direitos e garantias fundamentais:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] (BRASIL, 1988).

Assim, qualquer restrição a direitos ou imposição de gravames deverá ser precedida de lei, a qual necessariamente deverá ter por traço fundamental a sua legitimidade.

Nesse sentido, Silva (2006) assevera que somente lei que provenha de um legislativo formado mediante consentimento do povo e segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania popular estará apta a legitimar a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Acrescente-se que esta lei deverá ainda obedecer aos ditames da ordem constitucional vigente, sob pena de inconstitucionalidade.

Sob esta perspectiva, analisando as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras, verifica-se a inexistência de qualquer vedação expressa à possibilidade de pessoas homossexuais pleitearem, isoladamente ou em conjunto, a adoção de uma criança ou adolescente.

Note-se que o eventual aparecimento de lei nesse sentido poderá ter sua constitucionalidade questionada, quer incidentalmente, a partir de uma controvérsia concreta, quer na forma abstrata quando tiver por fito a própria garantia da harmonia do ordenamento jurídico.

Outrossim, percebe-se que o Projeto de Lei nº 1.151/1995 ao vedar quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou curatela de crianças e adolescentes quando formalizadas por parceiros homossexuais de forma conjunta (art. 3º, §2º) revela uma restrição de direitos de duvidosa constitucionalidade, uma vez que a Constituição Republicana de 1988 se fundamenta em valores como a dignidade da pessoa humana e igualdade, além de proibir quaisquer tratamentos discriminatórios.

Sobre o tema, Maria Berenice Dias expõe com maestria seu pensamento acerca do princípio da liberdade e a livre orientação sexual dos indivíduos, veja-se:

Cada um tem o direito a que o Estado não impeça as suas ações e/ou omissões, bem como a permissão para fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, apresente razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo. **Partindo dessas premissas, o direito geral de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo ao direito de não ter filhos etc.** (DIAS, 2009, p. 105, sem grifo no original)

No mesmo sentido, colaciona-se trecho da ADPF 132:

Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desmembramentos, significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulamentado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, p. 22).

Assim, tanto o legislador quanto o magistrado devem observar com cautela a questão da possibilidade da adoção por casais homoafetivos, sob pena de infligir restrições indevidas à liberdade dos parceiros homossexuais, configurando ainda patente violação ao princípio basilar da estrutura constitucional vigente, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

6.1.4 Princípio do melhor interesse do menor

A importância da família para a realização pessoal dos indivíduos foi reconhecida pela nova ordem jurídica instaurada com a Magna Carta de 1988, a qual afastou por completo da ideia de família como instituição mantenedora e alargadora do poder patrimonial para abarcar a concepção de família como instrumento para a promoção da felicidade de cada um de seus integrantes, tanto que, nos termos do artigo 226 da Constituição da República, foi considerada a base da sociedade brasileira.

Seguindo essa ideia, a Lei 8.069/90, trouxe previsão expressa no sentido de conferir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (BRASIL, 1990).

Conforme preceitua o referido Estatuto, a criança ou adolescente será criado e educado, preferencialmente, por sua família biológica e caso tal convivência não se revele possível ou importe em prejuízos ao menor, ser-lhe-á aberta a possibilidade de conviver no seio de uma família substituta, seja através de guarda, adoção ou tutela.

No caso específico da adoção, frise-se a existência de disposição expressa no artigo 43 da Lei 8.069/90 sobre a necessidade de este ato culminar em efetivas vantagens à criança e ao adolescente, sob pena de indeferimento.

Tanto a criança quanto o adolescente, em virtude de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, necessitam de maiores cuidados em seu tratamento como forma de garantir seu sadio desenvolvimento físico e intelectual.

Desta forma, o desejo de um casal homoafetivo de trazer a seu lar uma criança ou adolescente não pode ser impedido pelo simples fato de sua orientação sexual, uma vez que reste demonstrado que a intenção do casal se funda em motivos legítimos e que estes possuem condições psicológicas, afetivas e financeiras para criação deste menor, critérios estes que deverão ser aferidos através de prévio estágio de convivência, acompanhado ainda de criteriosa análise por parte de uma equipe multidisciplinar, formada, dentre outros, por psicólogos e assistentes sociais.

De fato, possibilitar à criança e ao adolescente o crescimento em um ambiente familiar envolto por afeto, compreensão e dedicação contribuirá de forma decisiva para seu desenvolvimento físico e mental, tratamento este que estaria muitas vezes impossibilitado, caso o menor fosse criado em instituições para menores abandonados e/ou órfãos sob seu manto, até mesmo pelas dificuldades de sua manutenção, muitas vezes superlotadas, com corpo profissional insuficiente e escassos aportes financeiros.

Preconizando a importância do afeto para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, Ana Paula Ariston Bairon Peres informa que:

A atual montagem do sistema de filiação não consegue mais dar conta da complexidade de vínculos de parentalidade da era pós-moderna. Cabe ao Direito, então, assumir esse papel singular de redesenhar o futuro jurídico da família brasileira, tornando-a, nos moldes da Constituição Federal de 1988, um espaço para refúgio de afeto, que permita o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, em especial, das crianças e dos adolescentes. (PERES, 2006, p. 141).

De forma similar, em referência expressa à adoção por casais homoafetivos, Dias (2001) sustenta que esse tipo de adoção, não é apenas a solução menos gravosa para o menor, mas a melhor solução em muitos casos, principalmente em um país como o nosso, pois retira o menor da marginalidade, dando-lhe um lar cercado de afeto e atenção.

Isto posto, a negativa do pedido de adoção por casais homoafetivos deve fundar-se em motivos legítimos, ou seja, deve pautar-se em justificativa obtida por meio de elementos

idôneos a demonstrar que a adoção não trará reais vantagens ao menor, sendo aqui descabido o pré-julgamento de que a homossexualidade do casal, *per se*, contribuirá de forma negativa para o desenvolvimento psicossocial do menor.

De fato, conforme atestam as psicólogas Farias e Maia (2009, pass.), a orientação sexual do menor independe da orientação sexual de seus pais, além de inexistir qualquer diferença entre o desenvolvimento apresentado por crianças criadas em lares cujos pais/mães são homossexuais e àquelas que vivem com pais/mães heterossexuais, pois o que efetivamente importa para um desenvolvimento saudável são os valores que lhes são transmitidos.

Nota-se, pois, que não há qualquer estudo que demonstre que a criação de crianças e adolescentes em lares formados por casais homoafetivos lhes importará quaisquer prejuízos. Ao revés, os estudos da psicologia já apontam para o fato de que o fator decisivo para o desenvolvimento destes menores é a dedicação e afeto que lhes são dispensados neste seio familiar, razão pela qual se revela que a adoção por casais homoafetivos pode, efetivamente, traduzir reais vantagens ao adotando.

6.2 A ausência de regramento específico

Assim como inexistente disposição expressa acerca da inexistência da família homoafetiva, não há qualquer mandamento proibitivo do pleito adotivo, quer de forma individual ou conjunta, por homens ou mulheres homossexuais.

De fato, apesar de a Lei 8.069/90 dispor que para a adoção de forma conjunta faz-se necessária a existência de matrimônio ou união estável (art. 42, §2º), não há qualquer dispositivo que vede a adoção a casais homoafetivos.

Ademais, é importante ressaltar que os relacionamentos entre casais homossexuais divergem daqueles existentes entre casais heterossexuais, apenas pela diversidade de sexos existente neste último, caracterizando relacionamento análogo à união estável, e consubstanciando relacionamentos notórios, contínuos e duradouros com objetivo de constituir família, pugnando, pois, pelo mesmo tratamento jurídico.

Nesse contexto, Wilson Donisetti Liberatti assevera que a omissão legislativa não pode resultar na inviabilidade da adoção por homossexuais:

A nosso ver o homossexual tem o direito de adotar um menor, salvo se não preencher os requisitos estabelecidos em lei. Aliás, se um homossexual não pudesse adotar uma criança ou adolescente, o princípio da igualdade perante a lei estaria violado. **E mais: apesar da omissão legal, o ECA não veda, implícita ou explicitamente a adoção por homossexuais. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva.** (LIBERATTI, 2008, p. 42, sem grifo no original).

De fato, inexistindo vedação expressa não se pode obstaculizar a adoção por casais homoafetivos, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro elencou o princípio da legalidade do rol dos direitos e garantias fundamentais, proibindo restrições de direitos desprovidas de suporte legal (art. 5º, II, CF).

Além disso, os já mencionados princípios da igualdade e da pessoa humana igualmente impedem a inexistência de discriminações desprovidas de fundamentação lógico-racional, devendo, pois, o magistrado diante da omissão legislativa, julgar o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

O que não se pode é aceitar que a ausência de regramento expresso impeça a realização completa daqueles que se encontram fora do âmbito de incidência expressa da lei. E mais: que em virtude dessa omissão legislativa crianças e adolescentes vejam tolhido seu direito à convivência familiar. Nesse sentido, Enézio de Deus Silva Júnior estatui:

A urgência de os magistrados realizarem uma interpretação justa, humana e socialmente útil das leis, capaz de reconhecer os direitos emergentes das uniões entre homossexuais e de lhes possibilitar o acesso à justiça, compreende-se e justifica-se, dentre outras razões, pela omissão do Poder Legislativo, no âmbito federal, em especial (que até o momento não contribuiu para afirmar a dignidade e o respeito efetivo a milhões de cidadãos vitimados pelo preconceito) e, outrossim, pela homofobia, sentimento de aversão à orientação homossexual, que se constata socialmente. (SILVA JUNIOR, 2008, p. 178).

Na mesma direção é a lição da ilustre Des^a. Maria Berenice Dias:

Na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo Estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotado. Diante da preocupação do legislador com o bem-estar da criança, nenhum motivo legítimo existe para deixá-la fora de um lar. Constituindo os parceiros – ainda que do mesmo sexo – uma família, é legítimo o interesse na adoção, não se podendo deixar de ver a existência de reais vantagens a quem não tem ninguém. (DIAS, 2009, p. 214).

Ocorre que a relutância de alguns magistrados continua a impedir o deferimento de adoção formalizados por casais homossexuais, fazendo com que muitas vezes o pedido seja realizado por apenas um dos parceiros, o qual inclusive, muitas vezes omite sua orientação sexual, por receio de ser alvo de indevida discriminação.

Tal fato, contudo, traz enormes desvantagens ao menor, posto que apesar de conviver com seus dois pais/mães e receber o afeto de ambos somente terá resguardado os direitos decorrentes do vínculo já reconhecido por meio do registro da adoção que contará apenas com o nome de um dos pais/mães.

Nesse sentido, em caso de eventual rompimento da vida em comum do casal, não haverá garantia do direito de visitas àquele que, apesar de assumir o papel de pai/mãe, não participou do restrito daquele menor. Restrição esta que igualmente poderá ser observada em caso de questões sucessórias ou de alimentos.

Para evitar tais incongruências, a omissão legislativa no tocante a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos requer produção jurisprudencial que garanta o acesso dos casais homossexuais a uma ordem jurídica e igualitária, sem que lhes sejam indevidamente cerceados direitos, bem como para que seja viabilizado o direito a convivência familiar para as crianças e adolescentes que se encontram em situação de desamparo, inclusive afetivo, além de lhes garantir amplo respaldo jurídico em razão dos efeitos decorrentes do reconhecimento da condição de filho.

6.3 Entendimento jurisprudencial

A lacuna legislativa torna a adoção por estes casais ainda mais complexa, visto que o próprio casamento, bem como a união estável, instituto jurídico menos complexo do que a adoção, não é devidamente regulamentado. Entretanto, apesar da existência de controvérsias a cerca da possibilidade da adoção por casais homoafetivos, já há julgados reconhecendo a viabilidade de tal pleito, a exemplo da decisão, que já no ano de 2009, reconheceu a possibilidade de adoção de menores por pares homoafetivos, tendo sido confirmada pelo STJ, após julgamento de recurso especial interposto pelo Ministério Público, conforme se verifica na decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa a seguir se confere:

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.1º12.01043ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE1. 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.2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e 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".1º12.01043ECA4. 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. 6. Os diversos e respeitáveis 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 é medida que se impõe.¹⁰ O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.¹¹ Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.¹² Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.¹³ 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.¹⁴ 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. Recurso especial improvido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 889852/RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJe 10/08/2010)

Por oportuno, colaciona-se abaixo ementas de outros julgados neste mesmo sentido:

EMBARGOS INFRINGENTES - HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO - CASAL HOMOAFETIVO - MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SUSTENTA A NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO NO QUE CONCERNE À RESTRIÇÃO DE ADOÇÃO DE ADOLESCENTES A PARTIR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE - RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132, RECONHECENDO A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR, PARA O FIM DE DAR AO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL INTERPRETAÇÃO

CONFORME À CONSTITUIÇÃO, PARA DELE EXCLUIR QUALQUER SIGNIFICADO QUE IMPEÇA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO CONTÍNUA, PÚBLICA E DURADOURA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO "ENTIDADE FAMILIAR", ENTENDIDA ESTA COMO SINÔNIMO PERFEITO DE "FAMÍLIA" - RECONHECIMENTO QUE É DE SER FEITO SEGUNDO AS MESMAS REGRAS E COM AS MESMAS CONSEQUÊNCIAS DA UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA - CARTA MAGNA QUE REMETE À LEI A INCUMBÊNCIA DE DISPOR SOBRE A ASSISTÊNCIA DO PODER PÚBLICO À ADOÇÃO, INCLUSIVE PELO ESTABELECIMENTO DE CASOS E CONDIÇÕES DA SUA EFETIVAÇÃO POR PARTE DE ESTRANGEIROS (§ 5º DO ART. 227); E TAMBÉM NESSA PARTE DO SEU ESTOQUE NORMATIVO NÃO ABRE DISTINÇÃO ENTRE ADOTANTE "HOMO" OU "HETEROAFETIVO" - PREVENÇÃO QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL DO ADOTANTE QUE SE REVELA INCONSTITUCIONAL - EMBARGOS REJEITADOS. 1.723 CÓDIGO CIVIL, CONSTITUIÇÃO, CARTA MAGNA. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Embargos Infringentes Cível 582499902 PR 0582499-9/02, Relator: Antônio Loyola Vieira, Data de Julgamento: 15/06/2011, 12ª Câmara Cível em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 674)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta- onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães

heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1281093 - SP 2011/0201685-2, Relator: Ministra Nancy Andriighi, Data de Julgamento: 18/12/2012, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 04/02/2013)

Aliás, conforme informa Dias (2009) não somente a adoção por casais homoafetivos vem sendo admitida, mas também o próprio direito de visitas à parceira, mesmo estando o filho registrado somente em nome da mãe biológica. Nesse sentido, transcreve-se ementa de acórdão de relatoria da iminente desembargadora:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhando o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido." (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

Por esses julgados, nota-se que gradativamente o Poder Judiciário vem reconhecendo a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, entendimento este que se coaduna com a nova concepção de entidade familiar consagrada pela CF/88 e que assegura a realização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Além disso, o deferimento de tais pleitos possibilita à criança e ao adolescente melhores condições de vida, uma vez que poderão receber tratamento pessoal respaldado no amor e dedicação da família que o acolheu, bem como importará na garantia de que estes menores poderão usufruir da ampla gama de direitos decorrentes da condição de filho.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão das atuais possibilidades de união estável, casamento civil homoafetivo e da adoção por casais homoafetivos, no âmbito jurisprudencial, insta referir que nos últimos cinco anos houve uma significativa evolução doutrinária e jurisprudencial em relação à matéria. Mesmo com a inércia do legislador, mediante analogia, ainda que de dificultosa maneira, as partes, geralmente, tem conseguido alcançar o que tanto almejam: a constituição de uma família.

A ampliação das possibilidades de adoção por pares homoafetivos se deve, em parte, à expansão desse tipo de família e dos pedidos de adoção que vêm se intensificando. Com efeito, o Poder Judiciário, aos poucos, vem garantindo direitos nos âmbitos assistencial e sucessório, porém sabe-se que a segurança jurídica somente é concedida pela norma. Por essa razão, busca-se a inserção das famílias homoafetivas no Sistema Jurídico.

O Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 1723 do Código Civil de 2002, interpretação conforme à CF/88 para excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida como sinônimo de família.

Não se pode afirmar de maneira alguma que as famílias formadas por pares homoafetivos, por não estarem explicitamente relacionadas na CF/88, são menos dignas de proteção do Estado do que as apoiadas na tradição (heteroafetivas). O que importa, constitucionalmente, é que as famílias que ainda não estão explícitas na lei recebam igual proteção do Estado.

O que se deve levar em consideração não é a orientação sexual dos partícipes, mas sim, a dignidade das pessoas envolvidas, o afeto entre elas e o desejo de constituir sua família. Um ordenamento que prevê o princípio do livre planejamento familiar não pode delimitar direitos, tendo em vista que o planejamento se faz presente a partir do momento em que duas pessoas despertam o interesse em se unir, com o intuito de formar família, sendo que a partir deste momento a Constituição lhes permite ampla liberdade de escolha pela forma que estabelecerá a união.

Não há, contudo, nenhum dispositivo no ordenamento jurídico que vede expressamente o casamento de pessoas do mesmo sexo, nem a adoção. Por outro lado, não se vislumbra uma proibição desta ordem, sem afronta aos princípios já estudados neste trabalho, tais como o princípio da dignidade, da igualdade, da não discriminação, dentre outros.

Assim, verifica-se que os princípios constitucionais não estão sendo observados, tendo em vista que ao proibir ou ao se omitir, o legislador está exercendo o silêncio, que é a forma mais perversa de exclusão, pois impõe constrangedora invisibilidade e afronta a um dos mais elementares direitos, que é o direito à cidadania, base de um estado que se quer democrático de direito.

Por mais que o Poder Legislativo tenha deixado persistirem consideráveis lacunas no que se refere ao Direito de Família, a jurisprudência ao julgar procedente o pedido de adoção, bem como o reconhecimento da união estável e até mesmo de casamento por pares homoafetivos demonstra, mesmo que indiretamente, preocupação com a família e, principalmente, com a criança e/ou adolescente envolvido, fazendo com que este não se torne vulnerável, garantindo-lhe o princípio do melhor interesse do menor.

Neste novo contexto social, a omissão do Poder Legislativo no tocante à família homoafetiva é fator preocupante, pois, além de ser extremamente preconceituoso, expõe essas famílias a humilhações e privações, afetando, inclusive, a sua dignidade enquanto pessoa humana. Acerca deste debate a legislação brasileira é omissa, e a solução se dá por meio da individualidade de cada ação judicial e do entendimento pessoal de cada magistrado, o que gera grande descontentamento da sociedade e urge uma resposta.

Conclui-se, então, que é necessária e urgente a readequação da norma em vigor que regulamenta a união, o casamento, a adoção por pares homoafetivos, dentre outros tantos pontos que tocam essa configuração familiar, tendo em vista que homossexuais ou não, eles devem ter os mesmos direitos dos heterossexuais. Esta frase pode ser considerada totalmente dispensável devido aos princípios constitucionais da dignidade, igualdade e outros que tornam todos iguais, independentemente das suas individualidades.

Por fim, quanto às crianças e adolescentes que estão em situação de vulnerabilidade social e até emocional, não há o que ser discutido na seara legislativa. Até porque conhecendo, ainda que superficialmente, o princípio do melhor interesse do menor, sabe-se que deve ser respeitada a sua vontade e desejo, além de ser feito sempre o melhor em prol do

menor. Tendo os habilitandos preenchido os requisitos para adoção, o que não inclui a opção sexual, não se pode ter dúvidas quanto à admissibilidade da adoção por pares homoafetivos ou não. Fundamental nesse momento, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade e da não discriminação por orientação sexual.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Novas regras para a adoção: guia comentado.** Disponível em: http://ghlb.files.wordpress.com/2009/08/adocao_comentado.pdf Acesso em: 28 de mar de 2013.

AXT, Barbara. **Homossexualidade é doença?** Superinteressante, [S.l.]: Abril, n. 207, dez. de 2004. Disponível em: <http://super.abril.com.br/saude/homossexualidade-doenca-444979.shtml>. Acesso em: 04 de nov. de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2007. No. 16. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf >. Acesso em: 31 de mar de 2013

BONAVIDES, Paulo. **Dos princípios gerais aos princípios constitucionais.** In: _____. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34/htm Acesso em: 20 de jan de 2013.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm Acesso em: 20 de jan de 2013.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm Acesso em: 20 de jan de 2013.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em: 20 de jan de 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 de jan de 2013.

_____. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>> Acesso em: 02 de fev de 2013.

_____. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 02 de fev de 2013.

_____. Lei 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art.226 da Constituição Federal, d Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 15 de fev de 2013.

_____. Lei 12.010, de 03 de Agosto de 2009. Dispõe sobre a Adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm> Acesso em: 15 de fev de 2013.

_____. Projeto de Lei 1.151, de 26 de Outubro de 1995. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>> Acesso em: 17 de fev de 2013.

_____. Projeto de Lei 2.285, de 25 de Outubro de 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estatuto-novas-familias.pdf>> Acesso em: 20 de fev de 2013.

_____. Substitutivo do Projeto de Lei 1.151, de 26 de Outubro de 1995. Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>> Acesso em: 17 de fev de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direito Homoafetivo**. (s.n.t.) Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52_-_homoafetividade_e_direito_homoafetivo.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2012.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Um é pouco**. Porto Alegre: [s.n.], 2009. . Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br> Acesso em: 20 jan 2013.

_____. **Direito Fundamental à Homoafetividade**. Porto Alegre: [s.n.], 2010. . Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br> Acesso em: 10 mar. 2013.

_____. **Politicamente Correto**. S.n.t. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/14_-_politicamente_correto.pdf>. Acesso em: 05 de nov. de 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Do Direito Parental**. In: _____. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.v.5.

FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bottolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Comentários à Lei Nacional da Adoção-Lei 12.010 de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo Malheiros, 2008.

LOURENÇO, José Menah. **A Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento**. [S.l.]: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/jose-lourencoa-conversao-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>> Acesso em: 28 de mar. de 2013.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana**. In: _____. Escritos vários sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Principia, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 30 de mar de 2013.

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

RODRIGUES, Humberto; CASTRO LIMA, Cláudia de. **Vale tudo: Homossexualidade na Antiguidade**. [S.l.]: Abril, 2008. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/estudar/historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml>>. Acesso em 31 de out. de 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 6.v. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito de liberdade**. In: _____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Adoção**. In: _____. **Direito Civil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. 6v.