

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: VISÃO
HISTÓRICO-JURÍDICA**

Zózimo de Paula Dias Neto

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Lydia Neves Bastos Telles Nunes

Ribeirão Preto

2013

ZÓZIMO DE PAULA DIAS NETO

**ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: VISÃO HISTÓRICO-
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Lydia Neves Bastos Telles Nunes

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica

D541

Dias Neto, Zózimo de Paula

Adoção por famílias homoafetivas: visão histórico-jurídica / Zózimo de Paula Dias Neto. Ribeirão Preto, 2013.

83 f.; 30 cm.

Trabalho de conclusão de curso - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

Orientadora: Profa. Dra. Lydia Neves Bastos Telles Nunes.

1. Adoção 2. Famílias Homoafetivas 3. Direito Civil 4. Direito Constitucional.

3415.6

Nome: NETO, Zózimo de Paula Dias.

Título: Adoção por Famílias Homoafetivas: visão histórico-jurídica.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Sandra Beatriz e Francisco Carlos, pelo exemplo, paciência, amor e compreensão.

Aos meus familiares, pelo apoio, carinho e inspiração diários. Especialmente, ao meu avô materno (*in memoriam*) Jair de Carvalho Feitosa, advogado vocacionado para causas assistencialistas e político renomado em Goiás.

Aos amigos, com os quais tenho a certeza de poder contar sempre ao meu lado.

Ao corpo discente e docente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, pelo aprendizado e desenvolvimento intelectual e pessoal propiciados a mim e a minha carreira acadêmica durante esses anos da minha vida.

RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas no direito brasileiro. Para tanto, são utilizados como pilares interpretativos os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da solidariedade familiar, do respeito à diferença, do pluralismo das entidades familiares, da afetividade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. O Direito de Família no Brasil, como também o mundial, passou por mudanças significativas nesse último século. Os filhos adotivos gozam dos mesmos direitos dos filhos biológicos, o machismo perdeu, gradativamente, espaço, implicando na igualdade de direitos e deveres entre os membros de uma família, que, hodiernamente, pauta-se exclusivamente na afetividade entre os seus membros, e não exclusivamente no vínculo biológico, como ocorria no passado. Na sociedade atual, que diz-se democrática, os homoafetivos são alvos de constantes preconceitos e tratamentos desiguais em comparação aos heteroafetivos. Tal desigualdade, contudo, encontra um falso fundamento jurídico que deriva de uma interpretação errônea e isolada do texto normativo constitucional, pois este garante, expressamente, a união estável entre o homem e a mulher. O STF, recentemente, ampliando o conceito de família previsto na Carta Magna e fazendo uso do recurso da analogia, declarou que é possível, sim, que os homossexuais constituam uniões estáveis, desde que presentes os requisitos específicos desse tipo de entidade familiar. Assim, negar a adoção a essas famílias, sob o fundamento de que não constituem uma entidade familiar ou de que pais homossexuais geram abalos psicológicos aos filhos, constitui flagrante inconstitucionalidade por violar princípios basilares do nosso Estado e também vai na contramão dos resultados de recentes estudos na seara da psicologia. Isso porque, do ponto de vista do direito, desde que a adoção, independente do fato de ser pleiteada por pais de mesmo sexo ou de sexos distintos, resulte em efetivos benefícios para os adotandos, os juízes devem, pautados pelo estudo psicossocial, deferi-la de imediato. Ainda, segundo estudos da psicologia, não há qualquer malefício a uma criança pelo fato de esta ter sido criada por homossexuais.

Palavras-Chave: Adoção. Famílias Homoafetivas. Direito Civil. Direito Constitucional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ONU- Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. GENERALIDADES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	19
1.1. Noção de Direito das Famílias.....	19
1.2. Evolução do Direito das Famílias no Brasil.....	20
1.2.1. <i>O direito de família religioso</i>	20
1.2.2. <i>O direito de família laico</i>	21
1.2.3. <i>O direito de família igualitário e solidário</i>	22
1.3. Princípios do Direito das Famílias.....	23
1.3.1. <i>Noções principiológicas</i>	23
1.3.2. <i>Princípios Constitucionais.....</i>	25
1.3.2.1. <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....</i>	25
1.3.2.2. <i>Princípio da Liberdade</i>	27
1.3.2.3. <i>Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença</i>	28
1.3.2.4. <i>Princípio da Solidariedade Familiar</i>	30
1.3.2.5. <i>Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares.....</i>	31
1.3.2.6. <i>Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes.....</i>	33
1.3.2.7. <i>Princípio da Afetividade</i>	34
2. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA	39
2.1. Considerações Iniciais.....	39
2.2. A Possibilidade Jurídica da Existência das Famílias Homoafetivas	41
2.2.1. <i>O Preconceito e a Discriminação Homofóbica no Brasil</i>	41
2.2.2. <i>A Argumentação Relativa à Possibilidade Jurídica da Família Homoafetiva e a Jurisprudência</i>	44
3. A ADOÇÃO	51
3.1. Considerações Gerais.....	51
3.2. Evolução Histórico-Legal da Adoção no Brasil.....	53
3.2.1. <i>Fase Pré-Codificada.....</i>	53
3.2.2. <i>Código Civil de 1916</i>	54
3.2.3. <i>Código Civil de 2002</i>	55
3.2.4. <i>O Estatuto da Criança e do Adolescente e sua alteração pela Lei 12.010 de 03.08.2009</i>	57

3.3. A Viabilidade Psicológica e Jurídica da Adoção por Famílias Homoafetivas..	61
3.4. A Jurisprudência Brasileira	65
CONCLUSÕES.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

O objeto deste presente estudo nasceu a partir da preocupação no que concerne à proteção, à luz da Constituição e das normas infraconstitucionais, do direito das minorias, mais especificamente os homossexuais, que são tratados com descaso e relegados a um segundo plano, como se não fossem dignos da titularidade de alguns direitos garantidores da cidadania plena – tais como o direito à formação de família e à paternidade -, mesmo na atual “democracia” vigente após a Constituição de 1988.

Sabe-se que, atualmente, na sociedade brasileira, os homoafetivos são vítimas de discriminação e preconceitos (explícitos e velados) – inclusive de magistrados e de outros integrantes do Poder Público -, devido a visões de mundo heterônomas que a maioria vê como sendo as posições “certas” e únicas a serem tomadas, e que ainda persistem em impô-las, gerando graves prejuízos à minoria aqui estudada. Ignoram, total ou parcialmente, a existência da pluralidade e da diversidade sexual e familiar, por exemplo. E é por esses e por outros motivos que *gays* e *lésbicas* são humilhados, cotidianamente, no que diz respeito às suas preferências sexuais e à possibilidade de formação familiar, práticas essas consideradas abomináveis pela grande parte da população.

O que dizer, então, do preconceito social existente quando trata-se do tema relativo à possibilidade jurídica da adoção por famílias compostas por pessoas do mesmo sexo?

Nesse contexto de preconceito, a adoção por famílias homoafetivas configura verdadeira aberração à vida em sociedade. Do ponto de vista jurídico, alega-se que a lei não faculta aos homossexuais o direito de adoção, pois a previsão normativa é que somente casais formados por homens e mulheres podem fazê-lo – como se a não positivação da norma legitimasse essas condutas. Utiliza-se, ainda, o argumento, desprovido de quaisquer bases científicas, de que os filhos de casais homossexuais serão, fatalmente, *gays*, além de sofrerem prejuízos psicológicos futuros em sua criação.

O presente trabalho pretende demonstrar que a adoção por pares homossexuais é plenamente possível – mesmo que com a ausência de norma legal específica -, com base na integração hermenêutica dos princípios insculpidos em nossa Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e também com a abordagem dos aspectos históricos relativos à matéria: observa-se que, com o passar dos anos, a tendência do direito das famílias é dar espaço, cada vez maior, à diversidade sexual, à pluralidade familiar e à liberdade das pessoas

de constituírem suas famílias, sem a interferência do Estado e sempre com o primado do princípio da igualdade material. Vislumbra-se, também, a viabilidade psicológica de tal adoção, constatadas por meio de estudos realizados na seara da psicologia.

No primeiro capítulo da obra, discorre-se sobre algumas generalidades do direito da família, a evolução histórica do direito de família no Brasil e os princípios que serão utilizados para a justificativa do objeto dessa pesquisa.

No segundo capítulo, abordar-se-ão os princípios aplicáveis que legitimam a possibilidade jurídica da família homoafetiva, além de colacionar alguns julgados relativos ao tema, com especial atenção à ADPF 132/RJ e à ADI 4.277, ambas de competência do STF.

E, por fim, no terceiro capítulo, chega-se ao cerne da questão. Abordam-se questões relativas à evolução histórico-legal do instituto da adoção no Brasil, a jurisprudência da matéria e far-se-á a utilização dos capítulos antecedentes, a fim de demonstrar a possibilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas, embasada nos princípios constitucionais atinentes à questão posta.

1. GENERALIDADES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS¹

1.1. Noção de Direito das Famílias

O direito das famílias é o que está mais forte e intimamente ligado ao ser humano e à sua própria vida, pois os indivíduos, de maneira geral, provêm de determinado organismo familiar e a ele permanecem ligados durante a sua existência. Por ser esta instituição considerada sagrada, devido à sua ampla capacidade de organização social, a entidade familiar goza de ampla proteção estatal².

O ramo do direito ora abordado trata do conjunto de regras e princípios que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família. Como exemplos de regras de direitos pessoais, podemos citar aquelas que regulam os efeitos pessoais do casamento, as que tratam do direito do filho de promover a investigação de paternidade, as que autorizam o cônjuge a requerer a interdição do incapaz.

Já como exemplos de regras que disciplinam os direitos patrimoniais, observam-se as regras que tratam do regime de bens entre os cônjuges, da hipoteca legal, do regime patrimonial na união estável, dentre outras.

Portanto, pelo fato dos sujeitos das relações de família serem entes privados, o direito de família é considerado um ramo do Direito Privado, ainda que haja, no seu corpo normativo, predominância de normas públicas (que são inderrogáveis e cogentes).

Nesse sentido, PAULO LÔBO pondera que:

Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa³.

¹ Conforme ensina doutrina mais moderna, adotaremos, aqui, a expressão Direito das Famílias. Merece destaque a lição de MARIA BERENICE DIAS, uma das maiores juristas especializadas no tema: “[...] a expressão **direito das famílias** melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos.” (**Manual de direito das famílias**, 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 28).

² Essa proteção estatal encontra-se prevista no art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

³ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

A finalidade de tal ramo do direito é a consecução da dignidade humana no ambiente familiar. Assim, embora existam normas de cunho patrimonial, o direito das famílias é, essencialmente, pessoal.

1.2. Evolução do Direito das Famílias no Brasil

O Direito das Famílias, no Brasil, devido à sua rápida mutabilidade decorrente das rápidas transformações de paradigmas na sociedade, refletiu, com o decorrer do tempo, as condições e modelos sociais, morais e religiosos vigentes na sociedade. Juridicamente, divide-se o Direito das Famílias pátrio em três grandes períodos: o direito de família religioso, o direito de família laico e o direito de família igualitário e solidário.

1.2.1. O direito de família religioso

Esse período durou, aproximadamente, 400 anos. Iniciou-se na Colônia e findou-se no Império (1500-1889). Há a predominância de um modelo patriarcal.

Neste período, o direito de família é monopólio da Igreja Católica – considerada a religião oficial do Império e da Colônia. Como sabido, os colonizadores portugueses impuseram-nos, inclusive, o seu próprio regramento jurídico. Assim, ficamos sob a égide das ordenações portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) e referidas ordenações remeteram a regulação do direito de família ao direito canônico.

A ingerência da religião na vida privada do brasileiro foi marcante, de modo que, hoje, ainda, observa-se a confusão da definição daquilo que é público e daquilo que é privado. A Igreja era, então, detentora da legitimidade da comunhão de vida e dos deveres conjugais. Portanto, a única família “legítima” que era reconhecida no Brasil, nessa época, era a resultante do casamento, de modo que qualquer outra configuração familiar era ignorada e não era reconhecida pelo ordenamento.

Mesmo com a nossa independência, a Constituição de 1824 – fortemente inspirada pelos ideais iluministas – não sofreu alteração. “Havia a determinação de edição de um Código Civil, que poderia inaugurar o direito de família laico”, mas isso “nunca se consumou acomodando-se a duplicidade jurídica.”⁴

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21.

Com o passar dos anos, houve tentativa de organizar a legislação vigente. O Governo Imperial, por meio do civilista Teixeira de Freitas, elaborou, no começo do século XIX, a Consolidação das Leis Civis. Em sua primeira seção, tratou-se dos direitos pessoais nas relações familiares, abrangendo temas como o parentesco, o casamento, o pátrio poder, a tutela e a curatela. Contudo, tal legislação, à época, foi considerada “insuficiente, acanhada e cheia de omissões”, conforme constatação feita por Lafayette (apud LÔBO, 2009, p. 22).

1.2.2. O direito de família laico

Aqui, vê-se uma redução progressiva – que dura até a vigência da Constituição de 1988 – do modelo patriarcal de família. Uma das primeiras providências da República (1889) foi retirar da Igreja a competência legislativa no que dizia respeito à família, tornando as relações familiares laicas. O casamento civil, conforme art. 72, §4º, da Constituição de 1891, taxativamente, era o único conhecido pela República e a sua celebração era gratuita.

Nessa fase, houve uma significativa redução da interferência católica na vida privada. Tanto assim que os cemitérios, por exemplo, passaram a ser considerados seculares, o ensino público tornou-se laico e nenhum culto gozava mais de incentivos públicos. É a ocorrência do fenômeno da laicização do Estado brasileiro.

Vários diplomas normativos atestam esse enfraquecimento do modelo patriarcal de família, causado pelo fenecimento de suas bases: o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio.

As leis que contribuíram para essa transformação foram a Lei n. 883/1949 (que reconhece os filhos havidos fora do casamento e confere-lhes direitos que eram vedados), a Lei n. 4.121/1962 (que retira a mulher da condição de inferioridade perante o marido, igualando-a a uma pessoa relativamente incapaz), a Lei 6.615/1977 (que garante aos casais divorciados a possibilidade de casarem-se de novo com outras pessoas). Portanto, vê-se claramente que a Igreja deixa de influir na legislação familiar e que homens e mulheres, paulatinamente, vão-se erigindo à condição de iguais, tanto individualmente quanto em vidas comuns.

Grandes mudanças ocorreram no direito de família internacional, inclusive no direito brasileiro, por volta dos anos 70 do século XX. Tais transformações nada tem em comum com o direito que vigeu nos séculos anteriores. Para o eminente PAULO LÔBO:

(...) nenhum ramo do direito privado renovou-se tanto quanto o direito de família, que antes se caracterizava como o mais estável e conservador de todos. Mas, apesar dos avanços da legislação, especialmente da Lei do Divórcio, restaram normas que favoreciam o tratamento desigual entre marido e mulher e entre os filhos, além de permanecer a vedação às entidades familiares não matrimonializadas⁵.

Contudo, apesar dessa quebra de paradigmas familiares, até a Constituição de 1988 – passando pelas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969 –, persistiu no Brasil apenas a família constituída pelo casamento, conforme a redação do art. 144 da Constituição de 1934⁶ e, também, pela extensão da matéria no Código Civil (mais de 150 artigos, dos 304 existentes acerca do assunto, eram referentes ao casamento).

Só a partir da Constituição Federal de 1988 é que avança-se no sentido de eliminar a desigualdade jurídica da família brasileira, como veremos a seguir.

1.2.3. O direito de família igualitário e solidário

Após o advento da Constituição de 1988, o casamento tornou-se uma das formas, e não a única, de estabelecimento de família. Em suas normas, a CF/88 entendeu o fim da discriminação das entidades familiares que não derivam do casamento. Além disso, as demais espécies de famílias receberam direitos e deveres iguais àqueles destinados às famílias constituídas pelo matrimônio.

A Carta Magna, ainda, ressaltou a igualdade de direitos e deveres existentes entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (art. 226, §4º, CF/88) e na união estável (art. 226, §3º), a igualdade entre filhos de qualquer origem (biológica ou não, matrimonial ou não – art. 226, §6º).

Reforçando a igualdade e a solidariedade da família e das pessoas que a integram, depois do advento da Constituição, leis importantíssimas foram editadas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as leis que tratam da união estável de 1994 e 1996, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso de 2003.

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

⁶ Constituição de 1934, art. 144: “a família, *constituída pelo casamento* de vínculo indissolúvel, está sob a proteção do Estado.” (BRASIL. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

Enfim, todas as mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século XX combinadas com a Constituição de 1988 propiciaram que o Código Civil de 2002 se pautasse segundo a lógica de que a caracterização de uma entidade familiar dá-se pela sobreposição dos vínculos de afeto à simples genética existente entre os integrantes de uma família. Portanto, há a priorização da família formada com base na socioafetividade, em vez daquela formada única e exclusivamente pelos laços de sangue. Dessa maneira, fala-se em famílias, dada a diversidade de entidades familiares existentes, embasadas no aspecto socioafetivo⁷.

1.3. Princípios do Direito das Famílias

1.3.1. Noções principiológicas

Com as mudanças paradigmáticas sociais ocorridas no âmbito do Direito das Famílias e com o advento da Constituição Federal de 1988, há o surgimento de todo um novo modo de enxergar, sob o ponto de vista dos princípios, tal ramo do Direito. Os direitos e garantias fundamentais elencados, agora, gozam, de acordo com o art. 5º, §1º, da CF/88, de eficácia plena, isto é, tem força normativa, mecanismos próprios de coação e imperatividade. Assim, estes direitos, juntamente com os princípios, tornaram-se base do sistema normativo brasileiro - as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com os princípios vigentes, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Leciona Paulo Lôbo:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava⁸.

Importante consignar as diferenças existentes apontadas por Robert Alexy entre princípios e regras:

⁷ No Capítulo 2 deste trabalho, trataremos mais minuciosamente acerca das diversas espécies de famílias e o seu fundamento jurídico-teleológico.

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 34.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁹.

O Direito Civil constitucionalizou-se e, então, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o norteador de todo o sistema jurídico. Este princípio é, inclusive, nos termos do art. 1º, III, CF/88, fundamento do Estado de Democrático de Direito. A interpretação das leis deve, sempre, ser feita com base na lei maior. Os princípios constitucionais - expressos ou implícitos -, devido à sua primazia perante a lei, tem como principal objetivo promover a efetivação da dignidade da pessoa humana em quaisquer relações jurídicas.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra¹⁰.

Neste trabalho, examinaremos os princípios constitucionais do Direito de Família¹¹, a fim de que estes, posteriormente, sirvam de fundamentação para a tese da possibilidade jurídica da família homoafetiva e da adoção por famílias homoafetivas. Assim sendo, examinaremos os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã). São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 841-842.

¹¹ Na esteira do pensamento de GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “(...) os princípios fundamentais de Direito de Família estão enunciados ou são deduzidos das normas constitucionais, como se constata no Direito brasileiro, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988.” **(Princípios Constitucionais do Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

igualdade e respeito à diferença, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos, da proibição do retrocesso social e, por fim, o princípio da afetividade.

1.3.2. Princípios Constitucionais

1.3.2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É o princípio fundamental, maior, norteador do Estado Democrático de Direito. Pela sua máxima importância, encontra-se, desde logo, insculpido no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988¹². É considerado o “princípio dos princípios”, a partir do qual irradiam os demais. Encontra-se inscrito, ainda, como bússola do planejamento familiar, conforme arts. 226, §7º¹³; 227, *caput*¹⁴, e 230¹⁵, todos da CF/88.

Vale lembrar que este princípio, no período da família patriarcal, era válido apenas ao marido e pai (chefe da sociedade conjugal), pois determinadas situações jurídicas ativas diziam respeito somente a eles. Contudo, ocorreu uma mudança: a dignidade da pessoa humana, modernamente, assegura a todos os integrantes de uma família, indistintamente, o direito ao desenvolvimento da dignidade e da personalidade.

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- III - a dignidade da pessoa humana; (...). (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

¹³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

¹⁵ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

Todavia, definir o conteúdo jurídico deste princípio é tarefa árdua e, muitas vezes, ao invocar tal princípio, o intérprete o faz de modo vago e inconsistente¹⁶.

Kant ensina que há fins que tem preços e outros que tem dignidade. Os primeiros são substituíveis; os outros, não o são, pois estão para além de qualquer precificação. Estes últimos fins possuem dignidade. Portanto, quaisquer tipos de condutas que tornem o homem uma coisa, um objeto, violam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos baseiam-se na ideia da dignidade da pessoa humana. O Direito das Famílias, por conseguinte, está intimamente ligado ao referido princípio, significando, daí, que, no âmbito familiar, deve existir igual dignidade para todas as entidades familiares, que, hodiernamente, são constituídas das mais variadas formas, incluindo a família homoafetiva. E, dentro dessas entidades familiares, não deve haver tratamentos diferenciados em relação às diversas formas de filiação.

Diante desse novo panorama jurídico nacional, donde a família pós-moderna se apresenta de forma plural, edificada sobre alicerces afetivos e com amparo constitucional de inclusão, cujo princípio basilar é a dignidade da pessoa humana, infere-se que há espaço suficiente no ordenamento jurídico para se tutelar a adoção por homossexuais quer seja o pedido realizado de modo conjunto entre os companheiros, quer seja realizado individualmente¹⁷.

As pessoas e a comunidade, à luz da dignidade, devem respeitar a liberdade e os direitos alheios, promovendo e resguardando os bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade humana. Já no seio familiar, conforme ensinamento de Guilherme Calmon:

incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais¹⁸.

A família torna-se, assim, a base para que a dignidade da pessoa humana desenvolva-se. A Constituição contempla as multifacetadas entidades familiares, propiciando

¹⁶ Para Luís Roberto Barroso, “[a] dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica.” (Luís Roberto Barroso, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 02 – 03).

¹⁷ PERES, Ana Paula Barion. Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11-12.

¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei n° 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

o aprimoramento das qualidades relevantes entre os familiares, a saber: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, objetivando o desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, socialistas, democráticos e humanistas.

Ressalte-se ainda que, em 1990, na Convenção sobre os Direitos da Criança, preconizou-se que a criança deve ser preparada para desenvolver uma vida individual em sociedade, preservando-se sua dignidade. No Estatuto da Criança e do Adolescente, também de 1990, há a proteção de todos os direitos fundamentais relativos à pessoa humana das crianças e adolescentes (art. 3º)¹⁹ e a prioridade absoluta dos direitos referentes às suas dignidades. Umbilicalmente ligado à efetivação e consecução deste princípio, encontra-se o princípio da liberdade.

1.3.2.2. Princípio da Liberdade

O princípio ora em questão guarda estreita relação com o princípio da igualdade. Tem como principal função garantir o livre-arbítrio no que diz respeito à constituição, realização e extinção da sociedade familiar - sem intervenções externas -, à livre administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades.

Nos ensinamentos da jurista Maria Berenice Dias,

Todos têm liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. Também, na união estável, é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*²⁰.

Portanto, o arranjo familiar, nos dias atuais, pode configurar-se, por força do princípio da liberdade, por meio de uma família homoafetiva (inclusive com filhos),

¹⁹ Art. 3º do ECA/90: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

diferentemente do que ocorria no direito de família anterior, no qual o único arranjo familiar chancelado pelo Estado era o matrimonial e o patriarcal.

Tal avanço deu-se em decorrência de transformações ocorridas nesse paradigma familiar, ampliando o campo de abrangência do princípio da liberdade. Houve, progressivamente, a substituição da família tradicional por um modelo que capaz de realizar intensamente a democracia familiar.

Nesse contexto de transformações, a Constituição Federal de 1988 assume o papel de maior importância, pois, a partir dela, as entidades não matrimoniais adquiriram direitos, instaurou-se maior espaço para as escolhas afetivas, banuiu-se a exclusão a que eram submetidos os filhos ilegítimos, dentre outras.

Esse princípio aplica-se em duas situações. A primeira diz respeito à liberdade da família perante o Estado e a sociedade, isto é, a liberdade de criação, manutenção ou extinção das entidades familiares, a liberdade de sua incessante constituição e reinvenção – o Estado não deve pretender regular deveres restritivos da liberdade, intimidade e vida privada das pessoas, quando não há interferência no interesse geral. A segunda situação de aplicação do princípio refere-se à liberdade de cada membro perante os outros membros e da própria família.

O princípio da liberdade encontra-se, também, presente no ECA, por exemplo, em seu art. 16, II – que garante a liberdade de opinião e expressão e a liberdade de participar da vida familiar e da comunidade, sem que haja discriminação (art. 16, V)²¹.

1.3.2.3. Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença

Para compreendermos tal princípio, devemos rememorar a insigne definição de Rui Barbosa, que consta no seu livro *Oração aos Moços*²², do que seja a igualdade. Para o jurista, à vista do princípio em questão, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, pois tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade constitui flagrante desigualdade. Deve-se prevalecer – na elaboração

²¹ Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) II - opinião e expressão; (...) V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. (Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20/02/2013.

²² BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 3. ed. - Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

das leis, das políticas públicas, nas sentenças judiciais – a igualdade material, em detrimento da igualdade formal.

A Carta Magna é considerada a principal precursora da igualdade. Já no seu art. 5º, I, declara que todos são iguais perante a lei. A desigualdade de gêneros foi banida, diminuindo-se, entre homens e mulheres, as barreiras que os separavam. Contudo, vale lembrar que o objetivo não é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre gozaram, pois o paradigma não é o masculino. O intuito, portanto, é reconhecer as diferenças para que não exista a supressão das características femininas.

O princípio da igualdade foi, no âmbito do Direito das Famílias, o que provocou transformações mais abruptas. Os fundamentos que sustentavam a família tradicional foram, por conta do dito princípio, destruídos. Assim, por exemplo, por conta deste princípio, homens e mulheres desfrutam dos mesmos direitos e deveres e, na sociedade conjugal, devem ambos, solidariamente, dirigi-la, em mútua colaboração, conforme preconiza o art. 1.511 do CC/02²³ ²⁴; as diferentes entidades familiares gozam dos mesmos direitos, sem quaisquer discriminações; e os filhos havidos ou não do casamento têm os mesmos direitos (art. 226, §5º, CF/88). O direito brasileiro aboliu a figura da família legítima, que consistia na figura da família matrimonializada – aproximando-se ainda mais do ideal de igualdade.

No que diz respeito à união homoafetiva, a doutrina moderna esforça-se – embasada no direito comparado -, com base na igualdade e na liberdade de orientação sexual, para que as uniões homoafetivas sejam, efetivamente, reconhecidas como entidade familiar no Brasil. Antes mesmo da decisão do STF na ADI 4.277 (que reconhece as uniões homoafetivas como uma espécie de configuração familiar), o STJ já reconhecia a existência jurídica da união homoafetiva como forma de família:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA²⁵.

²³ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406/2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado; 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21/02/2013.

²⁴ É possível visualizar a igualdade, também, no art. 1567 do CC/02: Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. (BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406/2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado; 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21/02/2013.

²⁵ STJ, REsp 395904/RS, Rel. Min. Hélio Quágli Barbosa, 2. T., julgado em 12.12.2005, DJ de 06.02.2006, p. 365.

PREVIDÊNCIA PRIVADA. PENSÃO *POST MORTEM*. UNIÃO
HOMOAFETIVA²⁶.

Ainda que tais decisões do STJ versem, no seu bojo, acerca de benefícios previdenciários, é notável a existência hermenêutica da interpretação extensiva do conceito de família para que tais benefícios sejam concedidos ao parceiro homoafetivo. Mais tarde, na ADI 4.277, temos como mérito a questão do reconhecimento desta pelo STF.

Infelizmente, há, atualmente, a tendência de confusão entre Estado de Direito e Estado de legalidade. Assim, erroneamente, faz-se valer exclusivamente o texto da lei de forma restritiva, ao invés de valorar os fatos conforme o ordenamento jurídico – que é um sistema dinâmico (tal qual a realidade), e não estático²⁷.

1.3.2.4. Princípio da Solidariedade Familiar

Alçado, no art. 3º, I, da CF/88²⁸, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o princípio da solidariedade familiar insere-se dentro da categoria mais genérica da solidariedade social, mas com a ressalva de ser aplicado, especificamente, às relações familiares. A solidariedade deve existir nos relacionamentos familiares, justificando, por exemplo, a parentalidade afetiva e o pagamento dos alimentos quando necessários.

O conteúdo jurídico da solidariedade familiar não se restringe apenas ao ponto de vista patrimonial, ou seja, não há apenas o dever patrimonial recíproco entre os integrantes da família. A solidariedade é, também, moral, sexual, social, afetiva, espiritual e psicológica.

O afeto, ainda que não explicitado no texto constitucional, é derivado do princípio da solidariedade familiar, sendo considerado a base de todas as famílias e principal norteador da consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, hodiernamente, não é apenas o mero vínculo biológico que une pais e filhos. O vínculo afetivo e social é o predominante nas relações familiares. Em 1979, João Batista Vilella faz a brilhante e vanguardista colocação:

²⁶ STJ, REsp 1183378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4 T., julgado em 25.10.2011, DJ de 01.02.2012.

²⁷ “Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro, que se apresenta acentuadamente embasado na legalidade estrita, encontra-se diante de fatores que maculam a eficácia dos direitos fundamentais em decorrência dos obstáculos impostos ao reconhecimento de entidades familiares não expressamente previstas.” (MARCON, Carlos Eduardo. **A interpretação extensiva da família na Constituição federal de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 11.

²⁸ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...). (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12/03/2013.

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se firmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade²⁹.

Essa dita paternidade do futuro (hodiernamente tornando-se não raras) – cujo termo mais apropriado, como vimos, seria parentalidade afetiva - revela-se, por exemplo, na adoção por famílias homoafetivas, nas quais pessoas do mesmo sexo, unidas por laços de afetividade, decidem por adotar uma criança, a fim de dedicar-lhe amor e educação, que são resultados do comprometimento mútuo e envolvimento tanto pessoal quanto patrimonial. A proibição desse tipo de adoção acarretaria, portanto, afronta grave ao princípio da solidariedade familiar.

1.3.2.5. Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

A normativa constitucional de 1988 adotou o modelo da pluralidade das entidades familiares. Há, expressamente, na Constituição, no art. 226, menção a três tipos de entidades familiares, a saber: a família oriunda do casamento, do companheirismo e a família monoparental. Contudo, esses não são os únicos tipos de família possíveis e tutelados pela Carta Magna, devendo tal norma não ser interpretada de forma restritiva, mas, sim, com vistas a possibilitar a inclusão de outras entidades familiares que se encontram implícitas no texto.

No *caput* do referido artigo não há qualquer referência a um determinado tipo específico de família, porém isso ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores, nas quais restringia-se a proteção jurídica estatal somente à família “constituída pelo casamento”. Ao suprimir tal expressão na CF/88, o legislador, notadamente, dá guarida a todo tipo de entidade familiar, inclusive as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Completando esse entendimento, Sérgio de Barros:

²⁹ VILELLA apud TARTUCE, Flávio. “Princípios constitucionais e direito de família”. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direito de Família no Novo Milênio**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 46.

Também não há por que privar dos direitos humanos outra forma de entidade familiar que, embora antiga, ainda é recusada pelos preconceitos antepostos ao conceito de família. Trata-se da família homoafetiva, que se forma em torno da união conjugal entre pessoas do mesmo sexo. Entrando na atualidade em acelerado processo de afirmação, esse tipo de família, cujo suporte psíquico é o afeto homossexual, exige ser reconhecido pela legislação do direito de família, pois nada justifica excluir dos direitos humanos nenhum dos seus integrantes – inclusive crianças adotadas (seria melhor abandoná-las à criminalidade?), bem como filhos gerados pelos inovadores processos desenvolvidos pela biogenética³⁰.

A operação hermenêutica que enseja essa interpretação deve seguir a lição de Gomes Canotilho, segundo a qual à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que garante maior eficácia possível. Isto é, na dúvida, deve-se dar preferência à interpretação que dê maior eficácia ao texto constitucional (“princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva”)³¹.

Assim, no nosso caso, do art. 226 da CF/88³², devemos optar pela interpretação exemplificativa no que diz respeito ao rol das entidades familiares elencadas em seus parágrafos, incluindo, portanto, todos os tipos familiares, no intuito de garantir maior eficácia aos princípios da liberdade e da realização da dignidade humana. O *caput* do referido artigo, ao mencionar o termo “também”, dá um sentido de inclusão de fato sem exclusão de outros, concedendo à integralidade do artigo o formato de uma cláusula geral de inclusão.

As entidades familiares explícitas na Constituição são meramente exemplificativas. As outras entidades familiares estão implícitas no conceito amplo e abrangente de família, conforme redação do *caput*. Daí, por ser um conceito indeterminado, carece de concretização conforme as experiências sociais do momento histórico que vivemos.

³⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Texto básico da palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de Direito de Família, realizada no Auditório da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 30/03/2013.

³¹ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

³² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (...). (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30/03/2013.

A exclusão de determinados tipos familiares só é admitida quando expressamente prevista no texto legal – o que não é o caso -, não sendo possível ao legislador infraconstitucional ou ao intérprete fazê-lo.

Portanto, na omissão legislativa no que diz respeito às famílias homoafetivas, deve o aplicador da lei reconhecê-las, valendo-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito, garantindo a proteção ao direito constitucional de constituição familiar, em decorrência da existência de todas as semelhanças existentes com outras entidades familiares (afetividade, estabilidade, convivência pública e ostensiva), impedindo quaisquer discriminações em razão da homoafetividade ou quaisquer outros tipos de distinções – atitude descaradamente discriminatória e que marginaliza os indivíduos da proteção constitucional.

As famílias homoafetivas não são, então, sociedades de fato, mas sociedades de afeto, uma vez que se formam e se mantêm exclusivamente pelos vínculos afetivos, gozando da mesma proteção legal dada aos outros tipos de entidades familiares.

1.3.2.6. Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes

A proteção integral da criança teve início, juridicamente, no Brasil, com a Constituição de 1988, que, em seu art. 227, preceitua que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 opressão³³.

No art. 227 da Carta Magna, encontram-se consagrados os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, que alteraram significativamente os vínculos de filiação. Assim, devido à fragilidade e vulnerabilidade a que esses cidadãos são expostos - pois são pessoas em desenvolvimento -, as crianças e os adolescentes merecem atenção especial do Estado, da sociedade e de sua família.

Deve-se assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/04/2013.

liberdade e à convivência familiar comunitária, sendo estes postos a salvo de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão – fala-se, desse modo, em princípio da prioridade absoluta, que visa a determinar a prevalência incontestável de atender-se aos interesses da criança e do adolescente. O modo pelo qual implementam-se essas garantias e direitos consta no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que reconhece os menores como sujeitos de direitos.

Contudo, mesmo em face de todas essas garantias, ocorrem muitas situações de desrespeito pelas famílias, que, atentando contra o melhor interesse do menor, são destituídas do poder familiar e entregam o menor para a adoção.

O direito a uma convivência familiar saudável – isto é, que respeite o desenvolvimento biopsicossocial do infante – constrói-se com o afeto, independentemente da origem biológica da filiação, uma vez que a convivência familiar não é um dado da natureza.

Dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, deriva o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que movimenta toda a discussão no tocante à adoção por homossexuais. Referido princípio representa grande evolução no direito pátrio, pois acarretou significativa mudança nas relações entre pais e filhos. O filho deixou de ser objeto e passou a ser sujeito de direito, com vontade e personalidade próprias – portanto, protegido pela ordem jurídica.

Assim, antes de deferir ou indeferir a adoção a casais homoafetivos, deve-se, imperativamente, verificar se a sentença nortear-se-á no sentido de proteger o melhor interesse do infante, desconsiderando totalmente a visão preconceituosa de que a orientação sexual dos adotantes constitui óbice para o sadio desenvolvimento do adotado. Daí, resultando em verdadeiro auxílio ao magistrado, surge a valiosa importância das equipes interprofissionais, que verificarão a existência de real benefício para o adotado.

1.3.2.7. Princípio da Afetividade

Considerado o princípio norteador do direito de famílias, o princípio da afetividade, embora esteja implícito na Constituição, fundamenta o direito de famílias nas relações socioafetivas, em detrimento das considerações patrimoniais e biológicas. Este

princípio é produto da evolução pelas quais passaram a família brasileira no final do século XX e influenciou sobremaneira a doutrina e a jurisprudência nacionais³⁴.

A aplicação desta norma fez com que a família recuperasse a sua função de tempos antigos, isto é, a função de ser um agrupamento unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Garantem-se, assim, na ordem jurídica, fundamentos do princípio da afetividade, como, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos (art. 227, §6º, CF/88)³⁵, a pluralidade das estruturas familiares, abarcando a mesma proteção constitucional as famílias formadas pelos pais (homoafetivos) e seus filhos (adotivos ou tidos por meio de reprodução assistida) – uma vez que, agora, não é apenas a família heteroafetiva (formada por pessoas de sexos opostos) considerada como tal – e a adoção, como escolha afetiva, obtém igualdade de direitos.

Ainda que a Constituição, em seu texto, não faça menção expressa à união estável homoafetiva, com base no princípio ora estudado, equiparou-se a união estável homoafetiva à heteroafetiva, conforme ensinamento de Luís Roberto Barroso:

Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção –ambiente privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição. A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de

³⁴ No dizer de Lévi-Strauss, o princípio da afetividade “expressa a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afinidade.” (LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. São Paulo: EDUSP, 1976. p. 72).

³⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/04/2013.

família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados³⁶.

Curioso perceber que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), em seu art. 5º, inc. II, parágrafo único, considera como família:

Art. 5º Para os 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:

[...]

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;

[...]

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual**³⁷. (grifo nosso)

Como sabido, tal lei é federal, aplicando-se em todo o território nacional. Então, essa lei não tem o condão de revogar o disposto no art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, sendo-lhe hierarquicamente inferior.

Tratando do reconhecimento jurídico, dado pelos Tribunais brasileiros às famílias homoafetivas, Maria Berenice Dias leciona que:

Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos – muito mais do que relações homossexuais – configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade³⁸.

No que diz respeito ao deferimento de adoção a famílias homoafetivas, o afeto tem fundamental importância, pois, como dito anteriormente, ele nasce da convivência

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf>. Acesso em: 21/05/2013.

³⁷ BRASIL. **Lei 11.340, de 7 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, da 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. Brasília, DF: Senado; 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 21/05/2013.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito e a Justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 102-103.

familiar, e não da biologia. Em uma relação de parentalidade, o elo que une as pessoas é o amor, o companheirismo, o apoio moral, material, a divisão de alegrias e tristezas cotidianas. Tal elo é construído com o passar do tempo, dos anos. Confirmam esse entendimento Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Nesse mesmo diapasão, descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, podendo, inclusive, gerar a conseqüente obrigação alimentar (conforme entendimento do Enunciado n. 341 da IV Jornada de Direito Civil)³⁹.

Dessa maneira, as Varas da Infância e Juventude, dando interpretação inclusiva ao ordenamento e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, devem possibilitar, ao máximo, a igualdade de condições a crianças e jovens, colocando-os em famílias substitutas homoafetivas biparentais, tal como acontece, tradicionalmente, com as entidades familiares heterossexuais. E assim reza o art. 28, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990):

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

§ 3º **Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.**

[...] ⁴⁰. (grifo nosso)

Estar de posse do estado de filho, portanto, é reconhecer juridicamente o afeto, visando à garantia do direito de busca da felicidade. Conclui-se, daí, que, devido à força da afetividade - que é o elemento central unificador das relações familiares -, os laços de afeto e de solidariedade originam-se, principalmente, da convivência familiar, e não do mero vínculo biológico.

³⁹ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 92.

⁴⁰ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22/06/2013.

2. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

2.1. Considerações Iniciais

Quando da elaboração do Código Civil de 2002, houve várias críticas no sentido deste novel diploma omitir-se em relação às uniões de casais do mesmo sexo. Tal fato gerou inúmeras críticas à comissão revisora e elaboradora do anteprojeto do código civil. O relator do código, o Professor Miguel Reale, rebateu essas críticas dizendo que eram “apressadas e sem sentido”. Inclusive, chegou a mencionar a seguinte constatação:

Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a União Estável entre o homem e a mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição. [...] Não era essa a nossa tarefa e muito menos a do Senado⁴¹.

Fez, ainda, a seguinte observação:

A união homossexual só pode ser discutida depois de alterada a Constituição. Há quem diga que o Código é atrasado por não tratar dos homossexuais. A culpa não é nossa. Não podemos mudar a Constituição. A união estável é entre um homem e uma mulher. Se querem estender esse direito aos homossexuais, que mudem primeiro a Constituição, com 3/5 dos votos do Congresso Nacional. Depois, o Código Civil poderá cuidar da matéria⁴².

Esse entendimento, data vênia, não merece acolhimento, pois não há qualquer proibição constitucional no que concerne à união entre pessoas do mesmo sexo. E, também, pelo motivo de que a Constituição Federal é um sistema que não contém normas isoladas, mas, sim, uma integralidade que tem sua interpretação e aplicação indissociáveis e unidas imperativamente – assim, os princípios insculpidos e os objetivos fundamentais a serem atingidos devem ser lidos de maneira unitária. O rol do art. 226 da Carta Magna é exemplificativo. Dessa maneira, não há a necessidade de alterar-se, primeiro, a Constituição, para, depois, alterar-se o Código Civil.

⁴¹ REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14.

⁴² REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 752, jun. 1998, p. 26.

Além do mais, não deve o aplicador e o estudioso do direito ficarem presos estritamente ao texto constitucional, devido à existência do fenômeno da mutação constitucional, que consiste na alteração informal do texto constitucional. Tal fenômeno ocorre graças ao fato de a realidade social estar em constante evolução e, desse modo, as exigências sociais vão se modificando, de modo que o direito não deve permanecer alheio a essas mudanças – de caráter científico, econômico, religioso, de aspirações sociais diversas. Altera-se, portanto, o sentido hermenêutico atribuído a uma norma constitucional, sem que haja alteração do texto formal, a fim de que a Carta Magna adéqüe-se às novas realidades sociais.

Recentemente – mais precisamente no dia 07/03/2013-, o Deputado Federal Marco Feliciano, do Partido Social Cristão de São Paulo (PSC-SP), tomou posse como presidente eleito da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM). Além de ocupar esse cargo político, Feliciano é, também, pastor da Igreja Assembléia de Deus.

A referida comissão compõe-se de dezoito deputados membros e igual número de suplentes, apoiada por um grupo de assessores e servidores administrativos. Cabe à CDHM, constitucional e regimentalmente, receber, avaliar e investigar denúncias de violações de direitos humanos; discutir e votar propostas legislativas relativas à sua área temática; fiscalizar e acompanhar a execução de programas governamentais do setor; colaborar com entidades não governamentais; realizar pesquisas e estudos relativos à situação dos direitos humanos no Brasil e no mundo, inclusive para efeito de divulgação pública e fornecimento de subsídios para as demais Comissões da Casa; além de cuidar dos assuntos referentes às minorias étnicas e sociais, como, por exemplo, os gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros⁴³.

Contudo, caminhando em sentido contrário ao da competência da referida comissão, observaram-se, por meio de frases veiculadas pelo parlamentar, atitudes e pensamentos racistas e homofóbicos⁴⁴. Há que registrar-se que, no âmbito do direito de famílias, as posições pessoais sobre a forma supostamente mais adequada ou moralmente mais recomendável de se viver devem ser ignoradas, pois não há objetividade nenhuma em tal

⁴³ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/conheca-a-comissao>>. Acesso em: 28/06/2013.

⁴⁴ Frases como, por exemplo: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (*sic*) ao ódio, ao crime, à rejeição. Amamos os homossexuais, mas abominamos suas práticas promíscuas” e, ainda, “Africanos descendem de ancestral amaldiçoado por Noé. Isso é fato. O motivo da maldição é a polemica (*sic*).[...] A maldição que Noé lança sobre seu neto, Canaã, respinga sobre continente africano, daí a fome, pestes, doenças, guerras étnicas!”. Disponível em: < <http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/tag/marco-feliciano/>>. Acesso em: 29/06/2013.

investigação, que deve pautar-se por critérios imparciais, livres de dogmas religiosos e sempre norteados pelos princípios jurídicos que regem a matéria.

Ainda persistem no cotidiano político brasileiro atitudes como a do Deputado Federal Marco Feliciano, mesmo com as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dos direitos e deveres dos casais homoafetivos.

Nos dias 04 e 05 de maio de 2011 – datas históricas para a comunidade LGBT e também para o Poder Judiciário brasileiro –, o STF reconheceu, pela unanimidade dos seus ministros, que é possível juridicamente a configuração de família homoafetiva – isto é, a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo.

O julgamento deu-se em virtude da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277. A primeira ação foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, objetivando que servidores estaduais homossexuais que conviviam em uniões estáveis gozassem dos benefícios concedidos aos servidores heterossexuais. Já a segunda ação, que teve como argüente a Procuradoria-Geral da República, tinha como fim o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, mas desde que cumpridos os requisitos exigidos para a constituição da união estável.

Portanto, a decisão do Supremo vincula todos os demais magistrados integrantes do Poder Judiciário, tornando-se diretriz a ser seguida pelas sentenças que tem como pedido o reconhecimento jurídico da família homoafetiva. A seguir, far-se-á a análise jurídica mais detida das famílias homoafetivas, objetivando provar, do ponto de vista do Direito, a sua possibilidade.

2.2. A Possibilidade Jurídica da Existência das Famílias Homoafetivas

2.2.1. O Preconceito e a Discriminação Homofóbica no Brasil

Há estudos científicos dotados de seriedade que demonstram que a orientação sexual é determinada por fatores genéticos. De outro lado, há outros estudos – de igual seriedade – que demonstram cientificamente que os fatores determinantes da

homossexualidade são sociais⁴⁵. O mais importante, todavia, é registrar que a homossexualidade é um fato da vida, e não uma opção. Nesse sentido, faz-se a constatação de que o homossexualismo não viola quaisquer normas jurídicas e nem afeta a vida de terceiros, ainda que o não reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Estado.

Conforme ensinamento de Barroso:

As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança⁴⁶.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgou, em 2010, dados do censo demográfico. Esses dados mostraram que:

60 mil casais do mesmo sexo moram juntos no Brasil. A região Sudeste é a que concentra o maior número de casais homossexuais, são 32202. Em segundo lugar está a região Nordeste com 12196, seguida das regiões Sul (8034), Centro-oeste (4141) e Norte (3429). O número representa apenas 0,2% do total de cônjuges. É a primeira vez que o dado foi pesquisado⁴⁷.

Em seu artigo na Folha de S. Paulo, intitulado “A igualdade é colorida”, de 19 de agosto de 2007, o min. do STF Marco Aurélio Mello traz à tona alguns dados relativos à homofobia no Brasil:

Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

[...].

Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social⁴⁸.

⁴⁵ BERENICE DIAS, Maria. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf>. Acesso em: 04/07/2013.

⁴⁷ Disponível em: <<http://bastahomofobiaa.blogspot.com.br/2011/04/censo-ibge-60-mil-casais-gays.html>>. Acesso em: 04/07/2013.

⁴⁸ MELLO, Marco Aurélio. **A igualdade é colorida**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1908200709.htm>>. Acesso em: 04/07/2013.

Esses dados mostram que, mesmo com o grande número de casais homossexuais, vige atualmente no país uma intolerância generalizada às pessoas homoafetivas. Outros dados, do ano de 2011, reforçam esse argumento:

[...] apenas 79 cidades no país possuíam, em 2011, legislação contra a homofobia. A estatística representa somente 1,4% do total de municípios, e faz parte da amostra Perfil dos Municípios Brasileiros, a Munic.

Em relação a políticas desenvolvidas pelos órgãos locais de direitos humanos com foco no universo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), apenas 14% (383 cidades) declararam ter projetos dessa natureza, independentemente da questão normativa.

Considerando o total de cidades no Brasil (5.565), o que inclui aquelas que não têm secretarias específicas ou órgãos direcionados para a questão de direitos humanos, 8,7% (486 cidades) possuíam ações ou projetos com o intuito de combater a violência contra homossexuais.

Entre as 79 cidades cujos vereadores aprovaram medidas anti-homofobia, há predominância nas regiões Sudeste e Nordeste, com 29 cada. Enquanto isso, apenas 99 municípios (1,8%) desenvolviam, em 2011, programas acerca do reconhecimento de direitos, e 54 (1%) sobre o reconhecimento do nome social adotado por travestis e transsexuais⁴⁹.

Assim, constata-se que o Poder Executivo – seja na esfera federal, estadual ou municipal – da maior parte do Brasil trata com indiferença essas questões, o que faz aumentar ainda mais o preconceito e a discriminação contra os homossexuais. Apesar do descaso do Executivo, o Legislativo e o Judiciário tentam a implementação – ainda que incipiente -, por meio de leis e sentenças judiciais, de medidas que visam ao fim da homofobia.

No que diz respeito à discriminação por orientação sexual, não existe ainda nenhuma previsão legislativa protetora dos homossexuais. Mas já existe o projeto de Lei PL 122/2006, de autoria da deputada Iara Bernardi, que altera a Lei 7.716/89 e dá nova redação ao §3º do artigo 140 do Código Penal e ao art. 5º da CLT. Dessa nova forma, o mencionado PL tornará crime a discriminação ou preconceito motivados pela diferenciação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero⁵⁰.

O Deputado Federal Jean Wyllys objetiva, num futuro próximo, propor emenda à Constituição (PEC) com o fim de assegurar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Conforme entendimento do deputado, o Estado brasileiro é laico e, portanto, os homossexuais devem ter os seus direitos garantidos por meio de leis. A PEC visa alterar o art. 226 da Constituição, que terá, se aprovada, a seguinte redação:

⁴⁹ Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/11/13/pesquisa-do-ibge-aponta-que-apenas-79-cidades-tem-legislacao-contra-homofobia.htm>>. Acesso em: 04/07/2013.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 09/07/2013.

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

§1º. O casamento é civil e é gratuita sua celebração. Ele será realizado entre duas pessoas e, em qualquer caso, terá os mesmos requisitos e efeitos sejam os cônjuges do mesmo ou de diferente sexo.

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

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre duas pessoas, sejam do mesmo sexo ou de diferente sexo, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento⁵¹.

Já no âmbito do Poder Judiciário, a união entre pessoas do mesmo sexo conseguiu ser reconhecida juridicamente pela mais alta corte do País. Além disso, a Justiça vem admitindo o direito de casais homoafetivos à guarda e adoção de crianças⁵², apesar de alguns tribunais, adotando uma visão preconceituosa, ainda não concedê-las pois, entre tantas alegações, afirmam que a referida adoção causará prejuízos ao adotando – o que não confirma-se na realidade fática.

Observa-se que o Brasil vem gradativamente superando preconceitos e discriminações no que concerne aos homossexuais. Contudo, posições preconceituosas e discriminatórias insistem em persistir. Para combatê-las, urgem necessárias as providências tomadas pelo Poder Público, a fim de conscientizar e instruir a população a respeito desses temas.

2.2.2. A Argumentação Relativa à Possibilidade Jurídica da Família Homoafetiva e a Jurisprudência

Durante muitos anos, o modelo familiar legalmente reconhecido no Brasil era o formado pelo matrimônio e constituído por pai, mãe e filhos – era essa a única entidade familiar admitida pelo direito positivo brasileiro. Observa-se, portanto, nesse modelo, características essencialmente patriarcais.

Porém, o desenvolvimento econômico-social propiciou uma dinâmica no seio da sociedade que foi capaz de mudar as constituições das relações familiares. Assim, por

⁵¹ Disponível em: <<http://casamentociviligualitario.com.br/texto-do-pec/>>. Acesso em: 09/07/2013.

⁵² Recentemente, o TJ-SP, em fevereiro de 2013, concedeu adoção a um casal de lésbicas que convivem em união estável, alegando que “Não importa se a relação é pouco comum, nem por isso é menos estruturada que a integrada por pessoas de sexos distintos”, observando que “a prova oral e documental produzida durante a instrução revela que, realmente, a relação familiar se enriqueceu e seus componentes vivem felizes, em harmonia”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108533>. Acesso em 09/07/2013.

exemplo, o número de filhos nas famílias foi diminuindo com o passar do tempo, pois as mulheres passaram a trabalhar para auxiliar na manutenção familiar – fruto das conquistas de suas lutas feministas, que propiciaram-lhes direitos iguais aos dos homens -. Com isso, houve o afastamento da família clássica, isto é, a matrimonializada e patriarcal. A igualdade entre os filhos adotivos e os biológicos também contribuiu para essa significativa mudança

Surgem, então, diversos tipos familiares: famílias formadas por mães solteiras e seus filhos, pais viúvos e sua prole, casais sem filhos etc. Aqui, nesse novo modelo, encontram-se inseridas as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo – as chamadas famílias homoafetivas.

Contudo, alguns juízes não davam provimento ao reconhecimento dessas famílias alegando impossibilidade jurídica do pedido e dando interpretação literal ao art. 226 da Carta Magna. A título de exemplo, tem-se as seguintes decisões judiciais:

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0121708-76.2007.8.26.000. 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. RELATOR JESUS LOFRANO. SÃO PAULO, JULGADO EM 12 DE FEVEREIRO DE 2008: “Reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. Preliminar – impossibilidade jurídica do pedido. Acolhimento. Recurso provido para extinguir a ação sem apreciação do mérito. Embora relevante a discussão concernente à união homossexual, sobretudo em razão dos efeitos que irradia na divisão do patrimônio adquirido com o esforço comum, nossa legislação não permite por ora seu reconhecimento como união estável”.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. PESSOAS DO MESMO SEXO. ENTIDADE FAMILIAR. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL 100240748084-5/001. 6ª CÂMARA CÍVEL. RELATOR DESEMBARGADOR ERNANE FIDÉLIS. JULGADO EM 15 DE SETEMBRO DE 2008: “Entidade familiar. Pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento e dissolução. Vedação constitucional. Partilha de bens. Jurisdição voluntária. Forma indevida – a constituição da república não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art. 226. – a atuação do juiz, em jurisdição voluntária, só ocorre quando a lei exigir ou permitir, não podendo a homologação judicial substituir os meios próprios de alienação de bens”.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BUSCA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS. APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.001.28033. 9ª CÂMARA CÍVEL. RELATOR DESEMBARGADOR RENATO SIMONI. RIO DE JANEIRO. JULGADO EM 09 DE MARÇO DE 2006: “Civil e Processual Civil. Ação declaratória. Busca de reconhecimento da união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a

Constituição Federal de 1988, nem a lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende à união entre pessoas do mesmo sexo. Desprovemento do recurso”.

Como dito anteriormente, a Constituição deve ser integrativa, isto é, as suas normas jurídicas devem ser lidas e interpretadas de forma unitárias, levando-se em consideração os princípios insculpidos e os objetivos fundamentais almejados. A hermenêutica constitucional deve ser feita de modo tal que exista a garantia dos direitos fundamentais – e não a sua supressão. Observa-se tal garantia presente no seguinte julgado:

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. APELAÇÃO CÍVEL N. 598362655, 6ª CÂMARA CÍVEL. RELATOR DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE. PORTO ALEGRE, JULGADO EM 01 DE MARÇO DE 2000: “Homossexuais. União Estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de União Estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição federal, que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual”.

Nessa esteira, à luz dos princípios da igualdade, da liberdade pessoal, da dignidade da pessoa humana – exaustivamente tratados no capítulo 1, item 1.3.2., deste trabalho – e da segurança jurídica, o art. 226 da CF/88 e o art. 1.723 devem ser lidos de maneira exemplificativa, e não taxativa (como defende, erroneamente, a corrente oposta, que é minoritária).

O art. 1.723 do CC/02 traz a seguinte redação:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável⁵³.

⁵³ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado; 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09/07/2013.

Com efeito, deve-se analisar este artigo de forma exemplificativa, permitindo, assim, a interpretação extensiva, donde as uniões estáveis albergariam as formadas por pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos básicos: ânimo de constituição de família, compartilhamento de vidas e planos, entre outros. Para a professora Giselda Fernandes Novaes Hironaka:

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade⁵⁴.

A decisão pioneira que garantiu direitos a casais homossexuais data de 1996 e é oriunda da Justiça Federal – trata de matéria previdenciária:

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. REGIÃO 4. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. APELAÇÃO CÍVEL N. 96.04.55333-0. APELANTE: FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS – FUNCEF. APELADO: IDENTIDADE PRESERVADA. 3ª TURMA. RELATORA DES. MARGA INGE BARTH TESSLER. PORTO ALEGRE, JULGADO EM 12 DE JULHO DE 1996: “A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. (...). Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois, antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se de evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais”.

O min. Ayres Britto, relator da ADPF 32 e da ADI 4.277, atento ao fato de que o sexo – entendido como o sexo feminino, masculino e, também, como orientação sexual - não é critério de diferenciação jurídica, devendo haver a igualdade de tratamento entre os homoafetivos e os heteroafetivos, ponderou que:

⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.

O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional (...) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado passa a colidir com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”⁵⁵.

Não há que se falar, desse modo, em vedação constitucional aplicável ao regime da união estável à união homoafetiva. Existe, sim, a obrigação constitucional de não discriminação, de respeito à dignidade humana, enfim, de respeito às diferenças, prevalecendo, sempre, o tratamento igualitário entre homossexuais e heterossexuais.

A omissão e a demora da tramitação legislativa, bem como a ausência da aprovação de projetos de lei acerca dessa matéria, não constituem pretexto para a manutenção das desigualdades. Nesse caso, deve-se integrar a ordem jurídica por meio da analogia *legis*, ou seja, deve-se recorrer à regra específica da união estável heteroafetiva para que haja a incidência sobre as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

A referida decisão do STF dá efetividade ao direito constitucional ao afeto e à formação da família, uma vez que houve ampliação de sentido aos parágrafos 7 e 8 do art. 226 da CF/88, que preceituam:

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

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações⁵⁶.

No que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, este não incide – como os outros princípios o fazem – diretamente na hipótese aqui ventilada, atuando como norte interpretativo das normas existentes no direito pátrio.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. União Estável. Homossexuais. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, julgamento em 04 de maio de 2011. Íntegra do voto disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>, p. 12. Acesso em: 09/07/2013.

⁵⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10/07/2013.

A segurança jurídica objetiva alcançar a paz de espírito e a paz social, envolvendo, para tanto, valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. A fim de executar referido princípio, o Estado e o Direito são repletos de mecanismos, como, por exemplo, o próprio Poder Judiciário, a anterioridade, a irretroatividade e a continuidade das leis.

As uniões homoafetivas são lícitas e continuarão existindo. Promover a exclusão dessas uniões do regime jurídico da união estável, inexistindo outro regime jurídico aplicável à hipótese, gera extrema insegurança jurídica tanto para os partícipes da união quanto para terceiros, criando-se, assim, problemas para a vida em sociedade.

O STF operou em nosso país, com o reconhecimento das uniões homoafetivas, enorme avanço social, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta.

Os direitos positivados em nossa Carta Magna de nada serão efetivos se lidos consoante a opinião pública dominante. A garantia da liberdade religiosa e da laicidade do Estado impedem que argumentos não jurídicos norteiem o tratamento dado pelos Poderes Públicos aos direitos fundamentais.

Assegurando a prevalência de direitos, ainda que contrários à visão da maioria, o STF realizou, de forma magistral, o papel constitucional que a ele é incumbido: o de guardião da Constituição Federal de 1988.

3. A ADOÇÃO

3.1. Considerações Gerais

Pretende-se discorrer, nesse último capítulo – após breve explanação, no capítulo anterior, sobre os fundamentos jurídicos que admitem a existência da família homoafetiva, perante o ordenamento jurídico pátrio -, aquilo que é o objeto de estudo deste trabalho: a demonstração da possibilidade e da viabilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas.

Antes, contudo, traçaremos uma sucinta evolução histórico-legal do instituto da adoção no Brasil, almejando, com isso, expor o fato de que a adoção revela-se de profunda importância numa sociedade excludente e concentradora de riqueza como a brasileira.

Após, analisaremos os requisitos indispensáveis trazidos pela Lei n 10.012/09 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) -, demonstrando que, uma vez preenchidos tais requisitos e considerados aptos após a avaliação psicossocial, um casal homoafetivo pode, sim, inserir uma criança ou adolescente em sua família.

Aliás, a adoção, juntamente com a reprodução assistida, são as únicas formas pelas quais são possíveis aos homossexuais terem descendentes. E a negação desse direito à paternidade e maternidade constitui grave afronta aos princípios constitucionais da igualdade, do pluralismo e da não-discriminação, da dignidade humana e da proteção integral à criança – importante notar que esses princípios foram exaustivamente tratados no capítulo 1 deste trabalho.

Depois, será abordada a questão da viabilidade psicológica da adoção por casais homossexuais – aqui, mostrar-se-á a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* - e serão colacionados alguns julgados dos Tribunais brasileiros para demonstrar que a tendência atual é o deferimento do pedido de adoção às famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, mostrando, assim, que estamos no caminho certo para vencer o preconceito. No dizer de Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona:

[...] ser pai ou ser mãe não é simplesmente gerar, procriar, mas, sim, indiscutivelmente, criar, cuidar, dedicar amor.

Nesse contexto, temos que a filiação adotiva, não apenas por um imperativo constitucional, mas por um ditame moral e afetivo equipara-se, de direito e

de fato, à filiação biológica, não havendo o mínimo espaço para o estabelecimento de regras discriminatórias⁵⁷.

Contudo, persiste, ainda, no país, um quadro social desfavorável no que concerne à adoção, pois, de acordo com dados de 2013,

Hoje, no Brasil, há 5.471 crianças e adolescentes inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. Desses, 1.787 são brancos, 1.035 são negros e 2.602 são pardos. Os pais podem optar por restringir-se a um tipo de criança para adotar ou estar abertos a qualquer perfil. E é aí que os números correm em sentido inverso. O número de pessoas habilitadas que querem apenas crianças brancas ainda é muito superior ao daqueles com predileções exclusivas de outras raças. São 9.474, contra 1.631 que aceitam apenas pardos e 574 que querem adotar somente crianças negras⁵⁸.

Com esses dados, é possível observar que há um número gigantesco – e dantesco - de crianças e adolescentes em filas de adoção esperando serem acolhidos em um lar e terem o seu 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 respeitados, além de serem colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme preconiza o art. 227 da CF/88. O problema é ainda mais gravoso quando observado o grande número de crianças e adolescentes negros e pardos em filas de adoção e o número ínfimo de pessoas habilitadas a adotá-los.

Com o reconhecimento, por analogia, pelo STF, na ADPF 132/RJ e na ADIN 4.277, da união estável homoafetiva, o indeferimento do pedido de adoção a essas famílias que cumpram os requisitos indispensáveis do ECA nega a adequação do ordenamento à realidade factual – pois não é vedada a essas famílias a constituição do vínculo adotivo -, além de não colaborar em nada para que esse quadro social mude em nosso país. Pelo contrário, aumentará cada vez mais o número de integrantes no Cadastro Nacional de Adoção⁵⁹, contribuindo, dessa maneira, para o preconceito, a exclusão social, a injustiça e a concentração de riquezas nas mãos de poucos – conseqüências essas consideradas já alarmantes em nosso território.

⁵⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 665.

⁵⁸ BRANDÃO, Marcelo (2013). **Adotar significa abrir-se para uma nova aventura, no melhor sentido da palavra**. Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/>>. Acesso em: 14/07/2013.

⁵⁹ O **Cadastro Nacional de Adoção** é uma ferramenta criada para auxiliar os juízes das varas da infância e da juventude na condução dos procedimentos de adoção. Lançado em 29 de abril de 2008, o CNA tem por objetivo agilizar os processos de adoção por meio do mapeamento de informações unificadas. O Cadastro irá possibilitar ainda a implantação de políticas públicas na área. (Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/p/cadastro-nacional-de-adocao-cna.html>>. Acesso em: 14/07/2013).

3.2. Evolução Histórico-Legal da Adoção no Brasil

3.2.1. Fase Pré-Codificada

O instituto da adoção, segundo Affonso Dionysio Gama, caiu em desuso no direito anterior ao Código Civil de 1916, devido à ausência de regulamentação normativa e também por ser combatido por grandes civilistas. Gama ainda ressalta o fato de que Lafayette, em sua obra *Direito de Família*, chega, inclusive, a fazer a afirmação de que, no Brasil, assim como na Europa, a adoção caiu em desuso⁶⁰.

Do período colonial até meados do século XIX, esteve em voga no país um tipo de assistência caritativa, caracterizada pelo imediatismo e informalismo, em que os mais ricos auxiliavam os necessitados. As políticas sociais dessa época eram executadas pelas Câmaras Municipais que firmavam convênio com as confrarias das Santas Casas de Misericórdia a fim de colocar em funcionamento as Rodas dos Expostos.

As Rodas dos Expostos eram conhecidas também como Roda dos Enjeitados. A sua origem remonta à Idade Média. Constituía-se por um cilindro giratório no qual os bebês eram depositados na parte que dava para a rua. As freiras, então, giravam a roda e pegavam os recém-nascidos sigilosamente, sem que tivesse a necessidade de identificar a sua origem. Assim, os casais inférteis buscavam uma criança para criar nessas Rodas de Expostos.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até a Independência, e é com a Lei de 22 de setembro de 1828 que nascem as primeiras leis que tratam do assunto. A competência para expedir a carta de perfilhamento passou a ser dos juízes de primeira instância, e não mais da Mesa do Desembargo do Paço.

O projeto de Código Civil brasileiro, elaborada por Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, tratou da família e do parentesco, mas não cuidou da adoção.

Teixeira de Freitas faz, em sua Consolidação, apenas uma referência à adoção, no art. 217:

Aos juízes de primeira instância compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adúlteros e incestuosos, e confirmar as adoções precedendo as necessárias informações e audiências dos interessados, havendo-os⁶¹.

⁶⁰ GAMA, Affonso Dionysio. **Da adoção no direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1923, p. 18.

⁶¹ REBOUÇAS, Antonio Pereira. **A consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique, Laemmert, 1867.

Mas, em seu Esboço (arts. 1.625 a 1.633), Freitas traça os lineamentos da sua regulamentação.

Na Consolidação elaborada por Carlos de Carvalho, a adoção foi compendiada nos arts. 1.635 a 1.640.

Contudo, é apenas no revogado Código Civil de 1916 que o instituto é sistematizado. Houve, porém, resistência, como registrou Beviláqua ao justificar a adoção no Projeto do Código Civil. Lá, Beviláqua anotou que o Dr. Gonçalves Chaves – membro da Comissão do Senado encarregada de estudar o Projeto do Código Civil em elaboração – foi favorável à eliminação do instituto da adoção, por lhe parecer antiquado e sem função no momento jurídico de então. Clóvis, por sua vez, contrariou o jurista mineiro por julgar que este não tinha bons fundamentos jurídicos, sociais e históricos e observou que a adoção tinha, sim, uma alta função social a desempenhar como instituição de beneficência,

voltada a satisfazer e desenvolver sentimentos de afeto do mais doce matiz, dando filhos a quem não teve ventura de gerá-los, e cuidados maternos e paternos a quem, privado deles pela natureza, estaria talvez, sem ela, condenado a descer, pela escada da miséria, ao abismo do vício e dos crimes⁶².

Essa elevada função ético-social dada à adoção seria suficiente para que começássemos a organizar o instituto no Código Civil de 1916.

3.2.2. Código Civil de 1916

No Código Civil anterior, a adoção estava prevista no Capítulo V, título V, do Livro de Família, nos arts. 368 a 378. O autor do código conceituou adoção como sendo o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho como filho, não sendo considerado um modo normal de se constituir família, mas, sim, meio supletivo de se ter filhos. Ao fazer a constatação de que não é modo normal de constituir família, percebe-se o preconceito relativo à existência de outras entidades familiares.

O Código de 16, no que concerne ao instituto da adoção, é considerado restritivo. No dizer de Rubens Limongi França:

⁶² FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção – regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

O regime do Código era de caráter rígido e fechado, de modo a estabelecer mesmo verdadeiros entraves para a adoção, de onde a reduzida constância de sua prática⁶³.

Para ter-se uma idéia do caráter restritivo de tal instituto, no Código de 1916, era exigido que o adotante tivesse, no mínimo, 50 anos de idade e que entre ele e o adotando houvesse uma diferença de, pelo menos, 18 anos de idade.

A Lei 3.133/57 alterou a redação de alguns dispositivos do antigo código. Dessa forma, reduziu-se o limite mínimo de idade do adotante para 30 anos e diminuiu-se a diferença etária entre adotante e adotado, que passou a ser de 16 anos.

Em 1965, surge a Lei 4.665 que estabeleceu a legitimação adotiva, que teve seus princípios incorporados, posteriormente, pelo Código de Menores (Lei 6.697/77). Tal legitimação permitiu a perfilhação de menores expostos e abandonados, de idade não superior a sete anos, por casais com mais de cinco anos de casamento, sem filhos e dos quais pelo menos um dos cônjuges tivesse, ao menos, 30 anos. O adotado era considerado filho para todos os efeitos legais, exceto nos casos de sucessão, quando superveniente filho legítimo. Essa exceção foi eliminada com a superveniência do art. 226, §6º, da Constituição de 1988, que preceitua a igualdade dos filhos naturais e os filhos adotivos.

Segundo o Código Civil revogado, a adoção era instituída mediante escritura pública, sem termo ou condição e sem a assistência do Poder Público, conforme art. 134, I, e art. 375, que seria averbada no livro de registro de nascimento, não implicando no cancelamento do assento original.

3.2.3. Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 dispôs acerca da adoção em seus arts. 1.618 a 1.629. O legislador orientou-se pelos parâmetros constitucionais – principalmente, pelo Capítulo VIII da Constituição de 1988 – e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069 de 1990.

A Constituição de 1988 – promulgada após um período de restrição de direitos - trouxe idéias de dignidade humana, liberdade e igualdade como princípios fundamentais do Estado. Inclusive, o professor Miguel Reale, Coordenador da Comissão de Juristas escolhidos

⁶³ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 351.

para a elaboração da proposta que se converteria no Código Civil, dispendo a respeito do sentido almejado pela nova legislação, observou sobre o “princípio da socialidade”:

O sentido social é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘sociedade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador⁶⁴.

A evolução por que passou a família em nosso direito constitucional acarretou a personalização das relações familiares – fundadas na relação afetiva e moral e com base na igualdade de direitos entre os componentes - e houve grande afastamento em relação ao modelo patriarcal dominante por séculos no país.

Não é possível encontrar no CC/02 a definição legal de adoção. Realmente, no direito de família, a palavra adoção tem vários significados. Porém, como pode-se notar, a adoção não deve ser concebida em sentido negocial, pois, se assim fosse, haveria margem de autonomia privada na escolha dos efeitos jurídicos pretendidos, o que não é possível na adoção.

Da forma como estabelecida pelo legislador de 2002:

[...] a adoção era ato jurídico complexo que estabelece vínculo jurídico de filiação. Era ato jurídico porque emanava inicialmente da vontade autônoma das pessoas envolvidas (antigo art. 1.621 do CC/02). Contudo, os efeitos jurídicos se produzem *ex lege* (art. 227, §6º, CF/1988, e antigo art. 1.626, CC/02, dentre outros). Nem sempre as vontades são convergentes, pois os pais (ou responsável) do adotando podem oferecer resistência, bem como o Ministério Público. Daí a complexidade do ato, que exige o concurso de várias vontades, objetivando um fim comum, mediante um processo que culmina com a sentença constitutiva do vínculo paterno-filial (antigo art. 1.623, CC/2002)⁶⁵.

⁶⁴ Visão Geral do Projeto de Código Civil, RT 752/22.

⁶⁵ FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção – regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

A adoção, todavia, não é ato derivado exclusivamente da vontade dos envolvidos, mas depende da apreciação jurisdicional (sentença constitutiva do vínculo de filiação). Com o trânsito em julgado da sentença, o vínculo de filiação torna-se irrevogável e o adotado é considerado filho, além de ser desligado de quaisquer vínculos com os pais e parentes – mantém-se, contudo, os impedimentos matrimoniais. Assim, a adoção não é criação fictícia de vínculo, pois o direito é que consagrou essa realidade (o vínculo paterno-filial adotivo – igual, em direitos e deveres, ao vínculo biológico, conforme o princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 226, §5º, da Constituição de 1988) por via adotiva, e o direito tem esse poder de criar sua própria realidade.

O ECA alterou o panorama da adoção, por meio de sua finalidade protetiva, que objetiva a inserção do menor no seio de uma família, com base no afeto e no interesse de desenvolvimento comum. Assim, o aparente conflito de normas existentes entre o Estatuto e o Código Civil, antes de sua revogação no que diz respeito à adoção de menores, resolvia-se com a revogação das disposições contrárias entre si, mantendo, contudo, a disciplina legal da legislação especial naquilo que não houvesse colisão.

Com o advento da Lei 12.010, as normas relativas à adoção foram unificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para isso, revogaram-se os arts. 1.620 a 1.629 do CC/02, apenas mantendo-se os arts. 1.618 e 1.619, que dispõem que a adoção de maiores de 18 anos depende da assistência do poder público e de sentença constitutiva, regendo-se, no que for aplicável, pelas regras gerais do Estatuto.

3.2.4. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sua alteração pela Lei 12.010 de 03.08.2009

A evolução social e o passar do tempo mostraram que as instituições jurídicas relativas aos menores foram perdendo, gradativamente, a sua operatividade, principalmente porque voltavam-se aos menores considerados em situações irregulares.

O ECA destaca, em seu artigo 19⁶⁶, o direito de a criança e o adolescente serem criados e educados no seio de sua família e, em caráter excepcional, em família substituta, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Findou-se, assim,

⁶⁶ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da 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. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

com a situação anterior de proteção ao menor em situação irregular, estendendo-se a toda e qualquer criança ou adolescente que se encontre em situação de desamparo. O amparo, aqui, é entendido da forma mais completa possível, conforme disposições constitucionais e as regras estatutárias – sobretudo após as modificações ocasionadas pela Lei 12.010/2009.

A adoção no Brasil, com o advento do ECA, adquire nova fisionomia, de modo que fica em tudo semelhante à filiação biológica, legitimando os seus pretendentes de forma ampla e responsável, tornando-os aptos ao exercício da paternidade.

De maneira geral, pode-se afirmar que a adoção estatutária é estabelecida por meio de sentença judicial transitada em julgado, inscrita no registro civil (art. 47), cancelando-se o registro de nascimento original (art. 47, §2º). Serão, assim, estabelecidos os nomes dos adotantes e dos seus descendentes (art. 47, §1º)⁶⁷.

A adoção deve ser antecedida de estágio de convivência, exceto nas hipóteses do §1º do art. 46. Caso o adotante seja estrangeiro, o estágio de convivência deverá ser, no mínimo, de 30 dias (art. 46, §3º)⁶⁸. No caso de adoção conjunta, é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar (art. 42, §2º). Só os maiores de 18 anos poderão adotar (art. 42, *caput*) e deve haver, ainda, a diferença mínima de 16 anos de idade entre adotante e adotado (art. 42, §3º)⁶⁹. Nos termos do

⁶⁷ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

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

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

(BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁶⁸ 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.

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

(BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁶⁹ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

[...].

estatuto, o adotando deve contar com no máximo 18 anos, exceto se estiver sob a guarda ou tutela do adotante (art. 40). No caso de adoção conjunta, é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar (art. 42, §2º). É dispensado, conforme art. 45, §1º⁷⁰, o consentimento dos pais destituídos do poder familiar ou desconhecidos

Os efeitos decorrentes da adoção desligam o menor de vínculos com os pais e parentes naturais, salvo no que concerne aos impedimentos matrimoniais⁷¹. A adoção é irrevogável⁷². A morte do adotante não restabelecerá o poder familiar dos pais naturais⁷³.

O objetivo dessas breves explicações é demonstrar que ganharam destaque no estatuto o princípio da igualdade das filiações, a expressa e total ruptura do adotado com os vínculos familiares anteriores, a judicialização do procedimento.

A Lei 12.010/09 tem espírito protetivo e assecuratório, pois trouxe inúmeros mecanismos de defesa, criando procedimentos informais e persistindo numa participação mais ativa da sociedade e do Município. Ao Estado e à sociedade, foram determinados deveres a fim de assegurar os direitos básicos das crianças e adolescentes, previstos no art. 227, da CF/88 – como, por exemplo, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, dentre outros.

Houve alterações no Estatuto, como, por exemplo, a obrigatoriedade de prévia habilitação dos postulantes à adoção junto ao Poder Judiciário, normas acerca da adoção de

(BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁷⁰ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

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

[...].

(BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁷¹ Art. 41. 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. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁷² Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁷³ Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais. (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

crianças e adolescentes oriundos de comunidades indígenas e remanescentes de quilombos, a criação e unificação de cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados (conforme obediência à Resolução 54/2008 do CNJ), habilitação de pretendentes à adoção, responsabilidade dos agentes administrativos e das formas de custeio dos programas de adoção. Essas são só algumas das inúmeras modificações introduzidas no ECA trazidas pela Nova Lei de Adoção.

Assim como disposto no Estatuto, a adoção será deferida apenas quando comprovadas as reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos⁷⁴. A adoção é medida excepcional, pois configura obrigação do Poder Público orientar, apoiar e promover a família biológica, com a qual devem a criança e o adolescente permanecer, exceto nos casos de total impossibilidade, o que ensejará que o menor seja colocado sob adoção, tutela ou guarda.

A Lei 12.010/09 trouxe, ainda, o conceito de família extensa ou ampliada, como sendo aquela estendida para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afetividade e afinidade (art. 25, parágrafo único, do Estatuto, alterado pela Lei Nacional de Adoção). Esse conceito revela-se de grande importância, pois, em consonância com o art. 39, §1º, do ECA:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei⁷⁵.

Além dessas modificações, a nova lei previu que o adotando, sempre que possível, deverá ser ouvido por equipe psicossocial, e na audiência sua opinião deverá ser considerada. Manteve-se o consentimento necessário do adotando maior de doze anos.

Por último, importante consignar que a legislação alteradora inovou quando prevê em seu art. 28, §4º, do ECA, que os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, guarda ou

⁷⁴ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

⁷⁵ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado; 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

tutela da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Como pode observar, são muitas as alterações trazidas pela nova lei e essas transformações implicaram em certo grau de aprimoramento dos mecanismos de defesa do direito constitucional que as crianças e adolescentes possuem à convivência familiar – preferencialmente em sua família natural, mas, quando impossível, em família substituta capaz de acolher-lhes em ambiente propício ao desenvolvimento sadio do menor.

3.3. A Viabilidade Psicológica e Jurídica da Adoção por Famílias Homoafetivas

No Brasil, apesar do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, a lei ainda não ampara homossexuais que constituem família, gerando, com isso, o desamparo dos filhos oriundos de tais relações.

A realidade internacional evidencia milhões de crianças e adolescentes sendo educados ou criados no seio de famílias mono e biparentais homoafetivas:

Conforme o último grande levantamento da população norte-americana, feito pelo governo, há, atualmente, pelo menos, dois milhões de casais homossexuais masculinos e femininos educando filhos, adotados ou não. No final dos anos 90, com a liberalização das leis de adoção nos EUA, cada vez mais, casais homoafetivos puderam virar pais ou mãe adotivos legalmente, o que, por tabela, acabou estimulando outros pares que pensavam em conceber naturalmente ou com pais e mães de aluguel os filhos em lares *gays*⁷⁶.

Insta mencionar, ainda, que:

[...] o parlamento da Suécia já aprovou uma lei que permite, a casais homossexuais, oficializarem filhos adotivos, após uma pesquisa que durou dezoito meses, demonstrando que tais casais homoafetivos são tão aptos a oferecer afeto e criar menores, quanto os pares heterossexuais⁷⁷.

A sociedade brasileira atual – assim como a maioria das outras – também é integrada por famílias compostas por pares do mesmo sexo, que educam crianças e

⁷⁶ DÁVILA, Sérgio. **Homossexuais promovem *gayby boom* nos EUA**. Em: Jornal Folha de S. Paulo, domingo, 27 out. 2002.

⁷⁷ JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **A Possibilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 150.

adolescentes de maneira informal, à margem da legalidade. Esse fato se dá porque, apesar de o ordenamento jurídico nacional não vedar o pedido de adoção formulado por casais homoafetivos, os preconceitos, a não consideração da união homossexual como estável (ainda que analogicamente) e interpretações literais de expressões legais têm gerado o indeferimento do pedido de adoção. Desse modo, os casais decidem que apenas um dos companheiros adotará formalmente, o que prejudica o adotando, que não conseguirá legalmente usufruir de uma maternidade e paternidade plenas, não tendo o direito a, por exemplo, benefícios quando da morte de um dos companheiros ou de possível separação – da mesma maneira como ocorre nas famílias biparentais homossexuais.

O contra-argumento daqueles que são contrários à adoção do mesmo sexo reside no fato de que uma criança não teria desenvolvimento psicológico, emocional e social saudáveis e adequados em um lar formado por pares homoafetivos – invocam, a seu favor, a interpretação literal (e errônea) do art. 29 do ECA. Contudo, estudo realizado pela Academia Americana de Pediatria concluiu que: “os filhos de pais gays ou lésbicas são tão bem ajustados social e psicologicamente quanto os filhos de pais heterossexuais”⁷⁸.

Ainda, segundo citada Academia:

A adoção legal garante que a criança terá acesso aos benefícios de assistência médica de ambos os pais, e que uma relação contínua, com ambos os pais, existiria, mesmo em caso de separação do casal, influenciando questões como custódia, direito de visita e sustento da criança⁷⁹.

Portanto, do ponto de vista psicológico, desde que observados o melhor interesse do adotando, não há que se falar em consequências danosas para a criança ou adolescente ocasionadas pela orientação sexual dos pais. Tal visão constitui tão-somente preconceito em relação à maternidade/paternidade homoafetiva. O argumento de que os filhos de pais homossexuais serão também homossexuais cai por terra quando indaga-se por que filhos de pais biológicos heterossexuais são homossexuais.

No caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, julgado em 2012 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁰, foi decidido que não há provas suficientes que comprovem a

⁷⁸ GOODE, Érica. **Médicos apóiam direito de adoção por gays**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/useg/nytimes/artigo/0,,665731,oo.html>>. Acesso em: 23/07/2013.

⁷⁹ GOODE, Érica. **Médicos apóiam direito de adoção por gays**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/useg/nytimes/artigo/0,,665731,oo.html>>. Acesso em: 23/07/2013.

⁸⁰ “Karen Atala Riffo e Ricardo Jaime López Allendes casaram-se em 29 de março de 1993. Dessa relação, separaram-se de fato, sendo estabelecido o acordo no sentido de que a senhora Atala ficaria com a custódia e cuidados das três meninas na cidade Villarrica, com regime de visita semanal a casa do pai em Temuco.

existência de impactos de danos psicológicos causados às crianças pela mãe e pela companheira, que são lésbicas. Ainda, a Corte Internacional consignou que a presunção de tratamento discriminatório não poderia ser utilizada como fundamento para restrição de direitos. Se a sociedade é intolerante, não cabe ao Estado sê-lo, razão por que faz-se necessário adotar medidas para combater o preconceito em razão da orientação sexual.

Há, também, os argumentos daqueles que dizem, sem bases científicas, que a criança seria alvo de piadas e constrangimento, sofrendo preconceitos. Roger Rios refuta essa argumentação:

Idéias desse tipo já foram utilizadas, por exemplo, para impedir casamento entre pessoas de raças diferentes, para justificar segregação em escolas de brancos e negros, para impedir a criação e a adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa da dos adotantes. Práticas que, evidentemente, não se podem admitir numa sociedade que não deseje o racismo e a exclusão social como princípios⁸¹.

A pesquisadora e psicóloga brasileira Lídia Weber, ao investigar a adoção no que diz respeito aos aspectos psicológicos, cita referenciais teóricos de outros países, que atestam a inexistência de prejuízos quanto à criação e educação de crianças e adolescentes por homossexuais:

Ricketts & Achteng (1989) realizaram estudos com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. (...). O mais importante é como essa família vive.

Ocorre que Atala Riffo iniciou relação homoafetiva com Emma de Ramón. Em novembro de 2002, elas passaram a morar juntas na casa de Atala. Inconformado com essa situação, o pai das meninas ingressou com demanda de custódia no Juizado de Menores de Villarrica, alegando que, por conta do lesbianismo materno, o ambiente familiar se tornara prejudicial ao desenvolvimento emocional das crianças.

Em 2 de maio de 2003, o juizado concedeu a custódia provisória ao pai, regulando as visitas maternas. Contudo, na sentença, que fora proferida por outro juiz, julgou-se improcedente o pedido, sob o fundamento de que a homossexualidade não é doença e que a orientação sexual da ré não representa impedimento para desenvolver a maternidade responsável.

Inconformado, em novembro de 2003, o pai de das meninas interpôs recurso de apelação, alegando que a sentença promoveu uma mudança radical na vida das menores. A Corte de Apelações de Temuco, em 30 de março de 2004, confirmou a sentença por seus próprios fundamentos.

Então, o pai das meninas interpôs queixa junto à Suprema Corte de Justiça do Chile. Ao apreciar o pedido, a quarta turma do órgão judicial máximo chileno proveu, em 31 de maio de 2004, o recurso para dar a custódia definitiva ao recorrente. Assentou o tribunal que a regra segundo a qual os filhos devem ficar sob a guarda da mãe não é absoluta, comportando relativização no caso concreto. Por isso, considerando o fato de que a orientação sexual materna poderia expor as filhas à discriminação e lhes causar confusão psicológica, a melhor solução seria mantê-las sob os cuidados paternos, no âmbito de uma família tradicional". Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/2013/07/01/o-caso-atala-riffo-y-ninas-vs-chile-2012/>>. Acesso em: 23/07/2013.

⁸¹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

McIntyre (1994) faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Esse autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto pais tradicionais.

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

Samuels (1990) destaca que, mais importante que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar, para a criança, um ambiente carinhoso, educativo e estável⁸².

Portanto, resta comprovado, cientificamente, que o sucesso da colocação de crianças e adolescentes em famílias homoafetivas ou heteroafetivas dependerá do ambiente no qual o adotando será educado e criado, em detrimento da orientação sexual dos pais. Assim, havendo estabilidade familiar, em seu sentido pleno, a adoção constituirá em benefício ao infante, devendo, pois, ser deferida pelo magistrado.

Juridicamente, para a discussão da matéria, é necessário fazer uma abordagem sob o ponto de vista dos princípios constitucionais da igualdade, da afetividade, da liberdade, da dignidade humana, da proteção integral das crianças e adolescentes – feitos já no capítulo I do trabalho -, além dos direitos previstos nos artigos 15 e seguintes do ECA, que, de maneira geral, asseguram ao menor o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade humana e direito de ser criado e educado no seio familiar (biológico ou adotivo).

O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser lido de forma sistemática e integradora, buscando-se o efetivo objetivo do legislador. Assim, o art. 42, §2º, do referido estatuto, que trata da adoção conjunta, faz menção à necessidade de casamento ou união estável, nada dispondo sobre a necessidade da dualidade de sexos. Já no art. 43, tem-se como requisito essencial ao deferimento da adoção, a existência, no caso concreto, de reais vantagens para o adotando – aqui, há a materialização legal do princípio do melhor interesse da criança.

A adoção por famílias homoafetivas pode, sim, proporcionar à criança ou ao adolescente um ambiente familiar adequado, isto é, ambiente fundado no amor, no companheirismo e na mútua colaboração. O fato de serem pais/mãe homossexuais não irá de

⁸² WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Pais e Filhos por Adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p 80-81.

forma alguma prejudicar a formação intelectual do menor. Pelo contrário: a formação moral do adotando pautar-se-á no sentido de desvinculação de preconceitos.

Obviamente, não seria preferível que o menor ficasse em uma instituição de crianças abandonadas, sem lar, sem família, privado do afeto e alegria a colocá-lo em um lar, constituído por pessoas que, ainda que do mesmo sexo, garantirão a ele conforto, segurança, apoio moral, carinho, educação, sustento, pondo-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão.

Analisando as normas estatutárias referentes à adoção, pode-se concluir que não há vedação legal à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, desde que cumpridos os requisitos para adoção (estabilidade familiar, condições sociais favoráveis ao melhor interesse do adotando), deve-se deferir a adoção.

3.4. A Jurisprudência Brasileira

Até recentemente, no Brasil, o Poder Judiciário mantinha-se omissivo ao que diz respeito à possibilidade jurídica da adoção homoafetiva - tal conduta omissiva mostra o preconceito de muitos magistrados que, ao se depararem com este tipo de questão, julgavam o processo sem julgamento do mérito (alegando a impossibilidade jurídica do pedido) ou alegavam a inviabilidade de uma criança ser criada por pais ou mães do mesmo sexo.

A pioneira decisão judicial a deferir o pedido de adoção deu-se na cidade de Catanduva, quando o juiz Dr. Júlio César Spoladore Domingos⁸³ aceitou que dois homens (já conviventes em união estável) ingressassem para a fila de espera de pais adotivos em 2004. O Ministério Público também foi favorável a essa tese, sendo que ambos usaram como

⁸³ “Na primeira tentativa, em 1998, a Justiça negou o direito, mas na sexta-feira passada, o juiz da Infância e Juventude da cidade, Júlio César Spoladore Domingos, aceitou a adoção em pedido feito pelos dois em 28 de dezembro de 2004. Com a decisão, o casal conseguiu o direito de entrar na fila de espera de pais adotivos.

Para o futuro direito à adoção, os cabeleireiros passaram por uma série de testes, responderam diversos questionários e tiveram a vida familiar vasculhada por psicólogos e assistentes sociais da Justiça.

O promotor de Justiça de Catanduva, Antônio Bandeira Neto, que se manifestou a favor da adoção, disse que a decisão da Justiça foi baseada na resolução nº 01/99, do Conselho Federal de Psicologia, segundo a qual "a homossexualidade não constitui doença, distúrbio nem perversão" e, por isso, não pode impedir a adoção. O casal pretende adotar uma menina de 2 a 4 anos de idade.

Nas duas instituições conveniadas de Catanduva há 56 crianças e adolescentes à espera de adoção e no município há 45 casais esperando uma criança para adotar.

V. e D., que estão juntos há 13 anos, já decoraram o quarto da futura filha com detalhes em rosa, como bonecas, cama e outros objetos”. **Casal Homossexual Recebe Autorização para Adotar Criança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/430/Casal+homossexual+recebe+autoriza%C3%A7%C3%A3o+para+adotar+uma+crian%C3%A7a#.Ue0sxdKyBbE>>. Acesso em: 22/07/2013.

fundamento para a decisão, além de outros argumentos jurídicos, a Resolução n 01/99 do Conselho Federal de Psicologia, que veda quaisquer tipos de tratamentos discriminatórios em relação à homossexualidade:

RESOLUÇÃO CFP N° 001/99 DE 22 DE MARÇO DE 1999

"Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual"

O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que o psicólogo é um profissional da saúde;

CONSIDERANDO que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é freqüentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade;

CONSIDERANDO que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

CONSIDERANDO que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

CONSIDERANDO que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente;

CONSIDERANDO que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

Art. 1° - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2° - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3° - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4° - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5° - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6° - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Brasília, 22 de março de 1999⁸⁴.

Essa resolução demonstra que a homoafetividade não é uma patologia comportamental, nem uma doença, nem perversão, sendo este o argumento autorizador usado

⁸⁴ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual**. Resolução n. 01, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 22/07/2013.

pelo juiz supracitado a possibilitar adoções por pessoas do mesmo sexo, visando, com isso, evitar alimentar o preconceito contra essa minoria, que é constantemente ignorada e desrespeitada, e dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade material.

O marco jurisprudencial, contudo, deu-se na justiça gaúcha. O juiz da Infância e Juventude Dr. Marcos Danilo Edon Franco possibilitou a constituição de vínculo legal de filiação, por meio da adoção, de duas mulheres para com duas crianças. As companheiras conviviam juntas em união afetiva sólida há mais de 8 anos e uma das mulheres já havia adotado duas crianças. Em consonância com a justiça, o magistrado estendeu o vínculo de filiação à companheira da mãe adotiva, pois, além das crianças já estarem sendo educadas, de fato, pelas duas mulheres, as crianças já conviviam com ambas. Assim, a companheira fez o seu pedido baseando-se no desejo de compartilhar juridicamente com a sua companheira as mesmas responsabilidades jurídico-parentais para com os infantes – como, por exemplo, o exercício do poder familiar, garantir aos infantes o direito à herança e alimentos, dentre outros.

O *Parquet*, à época, em sede de apelação, vislumbrou de modo literal a legislação, alegando que a adoção concede-se somente a homens e mulheres, os únicos a quem, segundo interpretação errônea do MP, a lei facultou a possibilidade de constituição de união estável. O TJ-RS, porém, por meio de seu Desembargador-Relator Dr. Luis Felipe Brasil Santos, julgou no sentido da possibilidade da viabilidade da adoção por casal homoafetivo. Vale a pena ler a íntegra do voto do relator, por tratar-se de decisão marcante para o Judiciário brasileiro e por abordar aspectos importantes para essa pesquisa:

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

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

A r. sentença recorrida julgou procedente o pleito. O recurso é do Ministério Público e se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (art. 1.622 do Código Civil), o que não se configura no caso, diante do fato de que a pretendente da adoção e a mãe já adotiva das crianças são pessoas do mesmo sexo. O parecer ministerial nesta instância é no sentido do provimento (ressalvado o erro material evidente na conclusão, ao dizer que opina pelo “improvemento”).

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

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

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

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

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

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é

muito mais a *affectio conjugal* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

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

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

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo vantajosamente a tal argumento, colaciono aqui preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes, onde aquela em. jurista assim se manifesta : O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que ‘qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei’. O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico. Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila. Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos

constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação.

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

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

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

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

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que,

embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmo fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades ‘familiares’ torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social. O argumento de que à entidade familiar denominada ‘união estável’ o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

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

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

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

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social. É Villela que assinala: se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

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

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo, é Nadaud que nos reporta: *Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n'est qu'exceptionnellement, au regard de l'étendue des sociétés humaines, superposable à l'engendrement biologique ou à la procréation: il existe en effet une "dissociation entre la 'vérité biologique de l'engendrement' et la filiation". Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l'engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d'un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation.*⁸⁵

Melhor esclarecendo essa perspectiva, é novamente Hérítier quem nos traz da antropologia um exemplo que evidencia que em organizações sociais tidas por primitivas o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino: Num caso particularmente interessante encontrado entre os Nuer, é uma mulher, considerada como homem, que enquanto pai, se vê atribuir uma descendência. Nesta sociedade, com efeito, as mulheres que provam, depois de terem sido casadas por tempo suficientemente longo, sua esterilidade definitiva, retornam a sua linhagem de origem, onde são consideradas totalmente como homens. Este é apenas um dos exemplos em que a mulher estéril, longe de ser desacreditada por não poder cumprir seu destino feminino, é creditada com essência masculina. A 'bréhaigne', como mostra a etiologia proposta por Littré, é uma mulher-homem (de 'barus' = 'vir' em baixo latim), mas, pode-se, segundo a cultura, tirar dessa assimilação conclusões radicalmente diferentes. Para os Nuer, a mulher 'brehaigne' acede ao status masculino. Como todo casamento legítimo é sancionado por importantes transferências de gado da família do marido à da esposa, este gado é repartido entre o pai e os tios paternos desta. De volta à casa de seus irmãos, a mulher estéril se beneficia, então, na qualidade de tio paterno, de parte do gado da compensação dada para suas sobrinhas. Quando ela, dessa forma, constitui um capital, ela pode, por sua vez, fornecer uma compensação matrimonial e obter uma esposa da qual ela se torna o marido. Essa relação conjugal não leva a relações homossexuais: a esposa serve seu marido e trabalha em seu benefício. A reprodução é assegurada graças a um criado, a maior parte das vezes de uma etnia estrangeira, que cumpre tarefas

⁸⁵ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** “Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma “dissociação entre a ‘verdade biológica do engendramento’ e a filiação”. Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação”. **Nadaud, Stéphane.** *Homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 45.

pastoris mas assegura também o serviço de cama junto à esposa. Todas as crianças vindas ao mundo são do ‘marido’, que a transferência do gado designou expressamente, segundo a lei social que faz a filiação. Elas portam seu nome, chamam-na ‘pai’, a respeitam e não se estabelece nenhum laço particular com seu genitor, que não possui direitos sobre elas e se vê recompensado por seu papel pelo ganho de uma vaca, por ocasião do casamento das filhas, vaca que é o prêmio por engendrar. Estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, portanto, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação. Levado ao extremo, esta representação que faz da mulher estéril um homem a autoriza a representar o papel de homem em toda sua extensão social.

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

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

Nadaud⁸⁶, em sua tese de doutorado, realizou estudo sobre uma população de infantes criados em lares de homossexuais, constatando que: (...) *globalement, leurs comportements ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale. Il ne s’agit donc pas d’affirmer que tous les enfants de parents homosexuels “vont bien”, mais d’apporter une pierre supplémentaire à l’édifice des études qui montrent déjà que leurs comportements correspondent à ceux des autres enfants de leur âge. Ce qui revient absolument pas à nier leur spécificité.*

Não é diferente a conclusão a que chegaram Tasker e Golombok⁸⁷: *Ce qui apparaît clairement dans la présente étude, c’est que les enfants qui grandissent dans une famille lesbienne n’auront pas nécessairement de problèmes liés à cela à l’âge adulte. De fait, les résultats de la présente étude montrent que les jeunes gens élevés par une mère lesbienne réussissent bien à l’âge adulte et ont de bonnes relations avec leurs famille, leurs amie e leurs partenaires. Dans les décisions de justice que statuent sur la capacité ou l’incapacité d’un adulte à élever un enfant, il conviendrait de ne plus se fonder sur l’orientation sexuelle de la mère pour évaluer l’intérêt de l’enfant.*

Idêntica é a pesquisa de CJ. Patterson⁸⁸, da Universidade de Virgínia (USA), ao afirmar que: *Em resume, il n’existe pas de données que permettraient*

⁸⁶ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** “(...) globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos de pais homossexuais “estão bem”, mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade”. Nadaud, Stéphane. Op. cit. p. 302.

⁸⁷ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** “O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança”. **Tasker, Fiona L. e Susan Golombok** – *Grandir Dans une Famille Lesbienne*. In: Homoparentalités, état des lieux. Coord.: Martine Gross. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.

⁸⁸ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** “Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos

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

Na Universidade de Valência (ESP), o estudo de Navarro, Llobell e Bort⁸⁹ aponta na mesma direção: *Los resultados ofrecen de forma unánime datos que son coherentes con el postulado de la parentalidad como un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado con la orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y los padres heterosexuales.*

Também a Academia Americana de Pediatria (American Academy of Pediatrics), em estudo coordenado por Ellen C. Perrin⁹⁰, concluiu: *A growing body of scientific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes.*

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Como assinala Rolim: Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída

filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais". **CJ. PATTERSON.** *Resultats des Recherches concernants l'homoparentalité.*

⁸⁹ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** "Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidireccional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais". **Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterde Bort.** *Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia.*

⁹⁰ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** "Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui". **Ellen C. Perrin** : *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents.*

escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais" ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

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

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

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

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

Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém, é Li. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

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

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

Com relação às crianças:

Os meninos chamam Li. e L. de mãe.

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

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

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

Situação atual:

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

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

(...)

Parecer:

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

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

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

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

Nego, assim, provimento ao apelo.

Des. Ricardo Raupp Ruschel (REVISOR) - **DE ACORDO.**

Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS DANILO EDON FRANCO⁹¹

Nesse julgamento – ocorrido no dia 05.04.2006 -, além do relator, julgaram o caso o Desembargador Ricardo Raupp Ruschell e a então Desembargadora Maria Berenice Dias, que, no seu voto, com bastante propriedade, decidiu acertadamente:

[...] tem duas mãe e a Justiça não pode negar isso [...]. O vínculo de filiação afetivo, e não o biológico, vem sendo privilegiado pela jurisprudência. O direito à convivência familiar constitui prioridade absoluta [...]. A pretensão do adotante é dar aos filhos a segurança de que terão direitos. A negativa

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível 70009550070/2006, Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. p. 01-19. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/direito-de-familia-na-midia/detalhe/828>>. Acesso em: 23/07/2013

apenas deixaria a criança ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe⁹².

O MP-RS, contudo, não satisfeito com a decisão, recorreu ao STJ, que, por intermédio de sua Quarta Turma, prolatou decisão paradigmática - de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão - para os casos de adoção por famílias homoafetivas no Brasil, reafirmando o entendimento de que deve ser norteador, nos casos de adoção, o princípio do melhor interesse do adotando. Em seu voto, o próprio Ministro chegou a afirmar:

Esse julgamento é muito importante para dar dignidade ao ser humano, para o casal e para as crianças⁹³.

Em outro caso, também ocorrido no interior do Rio Grande do Sul, outro casal de homossexual logrou êxito no deferimento de pedido de adoção. Além disso, o juiz determinou que o registro original do adotando fosse cancelado, juntamente com o nome dos pais biológicos, e que fosse efetuada a inscrição do nome da nova filiação da criança, sem mencionar no documento as palavras “pai” e mãe⁹⁴.

Encontramos decisões judiciais no sentido de deferimento de adoção a casais homoafetivos também em outros estados do Brasil:

GOIÁS – Goiânia – Destituição do Poder Familiar c/c Adoção. (TJ-GO, protocolo n. 20-1101909000, Juiz de Direito Substituto Alessandro Manso e Silva, j. 08/02/2013).

PARANÁ – Apelação Cível. Habilitação para adoção adotante homossexual limitação de idade do adotando. Ausência de previsão legal. Recurso Desprovido. A adoção é ato que envolve a criação de vínculos afetivos, onde os pais e filhos se adotam na nova relação, independentemente da orientação sexual dos adotantes. (TJ-PR, AC 0648252-5, 12ª C. Cív., Rel. Des. Costa Barros, j. 12/05/2010).

MINAS GERAIS - Apelação cível. Destituição de poder familiar. Abandono da criança pela mãe biológica. Adoção por casal do mesmo sexo que vive em união estável. Melhor interesse da criança. Registro de nascimento. Recurso conhecido e provido. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre

⁹² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível 70009550070/2006, Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. p. 21. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/direito-de-familia-na-midia/detalhe/828>>. Acesso em: 23/07/2013

⁹³ Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931>. Acesso em: 23/07/2013.

⁹⁴ Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=394,979,393,392,391,390,389,708,849,782>>. Acesso em 23/07/2013.

que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros). (TJMG, AC 1.0470.08.047254-6/001 (AC 0472546-21.2008.8.13.0470), 8ª C. Cív., Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 02/02/2012)⁹⁵.

Da leitura desses julgados, percebe-se que a jurisprudência está orientada no sentido de deferimento do pedido de adoção a casais homossexuais, desde que esses constituam entidade familiar, que estejam de acordo com os requisitos para adoção do ECA – como, por exemplo, o exame psicossocial - e que a adoção constitua real benefício para o adotando.

É imperioso, portanto, que o direito não seja um sistema hermético, interpretado literalmente – sob pena de esconder discriminações voltadas para a sexualidade das pessoas que candidatam-se à adoção -, mas, sim, contextualizado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o sistema jurídico vigente.

⁹⁵ Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3#t>>. Acesso em: 23/07/2013.

CONCLUSÕES

As previsões constitucionais concernentes aos direitos fundamentais não são meros enunciados teóricos. Os princípios, sejam eles explícitos ou implícitos, esculpidos no texto da Carta Magna possuem força normativa, devendo estes servirem de paradigma para a atuação do poder público. Referidos princípios devem ser coerentes com a realidade social, sob pena de tornarem-se meras afirmações teóricas, desmoralizadas e desprovidas de eficácia. O desrespeito à Constituição e a seu sistema de direitos fundamentais resulta na perda da unidade jurídica, ocasionando a divergência de opiniões entre juízes em relação a uma dada situação social – aqui, a adoção por famílias homoafetivas -, que julgarão essa matéria da maneira que melhor lhes convier.

Tendo em vista os enunciados principiológicos desta pesquisa e a diretriz interpretativa baseada na unicidade constitucional é possível tecer conclusões acerca do objeto desse trabalho.

Primeiramente, o reconhecimento das uniões estáveis entre homossexuais, apesar de não estarem previstas explicitamente no ordenamento jurídico, devem, por força dos princípios estudados – dignidade humana, igualdade, liberdade e direito à orientação sexual, dentre outros -, pela interpretação integradora do sistema jurídico e também pelo fato do rol das entidades familiares previstas ser taxativo, restar reconhecidas pelo direito, apesar de implícitas na norma legal. Infelizmente tal reconhecimento demorou vinte e três anos para acontecer, vez que o Supremo reconheceu tais entidades familiares apenas em 2011.

A questão da adoção por famílias homoafetivas, que continua sendo tratada com viés preconceituoso por parte da sociedade, também encontra o seu fundamento jurídico de validade na leitura sistematizada da Constituição e do Estatuto Menorista. Assim, não há, cientificamente, porque negar o deferimento judicial a esse pedido, pois os pais homossexuais, quando aprovados em exame psicossocial e desde que atendam ao melhor interesse do adotando, são tão aptos, psicológica, emocional e materialmente, a criarem um filho quanto pais heterossexuais, conforme estudos na seara da psicologia. Não admitir a adoção é negar a cidadania completa e, ao mesmo tempo, constitui grave afronta ao Estado Democrático de Direito. Historicamente, a tendência natural do direito de família é eliminar os preconceitos arraigados, aumentando a pluralidade de famílias existentes em uma sociedade.

Nessa questão, não deve prevalecer visões heterônomas de mundo, que imponham limites e restrições indevidas que repercutem na esfera familiar. A concretização dos princípios ora estudados deve ser feita na maior abrangência possível, de maneira ampla e liberal, levando em conta as constantes mudanças sociais e adaptando-se a elas. Caso contrário, as minorias continuarão em segundo plano, humilhadas, vítimas da crueldade, desigualdade e perseguição constantes.

A democracia não sobrevive em um ambiente repulsivo às garantias fundamentais. A Justiça Social deve ser alcançada, independente dos caprichos e intolerâncias das majorias em relação às minorias. Deve-se respeitar as diferenças, objetivando a consecução do princípio maior do nosso ordenamento jurídico: o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 3. ed. - Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Texto básico da palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de Direito de Família, realizada no Auditório da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf>.

BRANDÃO, Marcelo (2013). **Adotar significa abrir-se para uma nova aventura, no melhor sentido da palavra**. Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br>>.

CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989

DÁVILA, Sérgio. **Homossexuais promovem gayby boom nos EUA**. Em: Jornal Folha de S. Paulo, domingo, 27 out. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito e a Justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção – regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011,

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988

GAMA, Guilherme Calmon Pereira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Affonso Dionysio. **Da adoção no direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1923,

GOODE, Érica. **Médicos apóiam direito de adoção por gays**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/useg/nytimes/artigo/0,,665731,00.html>>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **A Possibilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. São Paulo: EDUSP, 1976.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCON, Carlos Eduardo. **A interpretação extensiva da família na Constituição federal de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Marco Aurélio. **A igualdade é colorida**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1908200709.htm>>.

PERES, Ana Paula Barion. **Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 752, jun. 1998.

REBOUÇAS, Antonio Pereira. **A consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique, Laemmert, 1867.

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

TARTUCE, Flávio. “Princípios constitucionais e direito de família”. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direito de Família no Novo Milênio**. São Paulo: Atlas, 2010.

WEBER, Lúcia Natália Dobrianskyj. **Pais e Filhos por Adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.