



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS-UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIA MENDES GARCIA

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS E SUA RECEPÇÃO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

**BARBACENA
2011**

FLÁVIA MENDES GARCIA

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS E SUA RECEPÇÃO NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral

**BARBACENA
2011**

Flávia Mendes Garcia

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS E SUA RECEPÇÃO NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Profª Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral - Orientadora
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Profª Esp. Cássia Rejane Chiericato
Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais - DPMG

Prof. Esp. Marcos Sampaio Gomes Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Aprovada em: ___/___/___

Dedico este trabalho aos meus pais, sem
eles nada seria possível.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todas as pessoas que de alguma forma me ajudaram a terminar mais esta etapa.

A minha Professora Orientadora Dra. Débora, pela disposição em me atender e orientar.

A Dra. Cássia pela paciência e consideração ao trabalhar comigo.

Os devidos agradecimentos a todas as maravilhosas pessoas que estão participando da banca examinadora.

“Saber amar
Saber deixar alguém te amar.”

Os Paralamas do Sucesso

RESUMO

Com o objetivo de analisar os dispositivos do ordenamento jurídico e seus princípios para dar respaldo ao tema abordado, qual seja, adoção por casais homoafetivos e sua recepção na Constituição Federal de 1988, que tem gerado controvérsias na mente dos juristas e acadêmicos de direito, uma vez que está em foco dentro da sociedade brasileira que não sabe se a situação fática que está sendo vivenciada por essa espécie de casais, que até pouco tempo sofriam com o preconceito cultural e social, pode ser aceita juridicamente. Nota-se que os princípios constitucionais do direito, combinados com a norma jurídica permitem uma melhor análise da questão, pois juntos nos permitem aplicar os direitos adquiridos pelo cidadão com a norma enquanto regras materiais. Não só as regras e a doutrina devem ser levadas em consideração ao abordar o assunto, também as necessidades da criança, que fica na eterna espera de um lar que lhe propicie amor e segurança. Essa nova família que surgiu necessita da proteção estatal adequada, protegendo assim seus novos membros que merecem a plena felicidade.

Palavras-chave: Adoção. Constituição Federal de 1988. Homoafetividade. Criança.

ABSTRACT

In order to analyze the provisions of the law and its principles to give support to the subject matter, namely, adoption by homosexual couples and their reception in the Constitution of 1988, which has generated controversy in the minds of lawyers and legal scholars, a since you're in focus within the Brazilian society that does not know if the factual situation being experienced by this kind of couples, which until recently suffered from cultural prejudice and social, can be legally accepted. Note that the constitutional principles of law, combined with the rule of law allows a better analysis of the issue, because together allow us to apply the rights acquired by the national rules with standard materials. Not only the rules and doctrine must be taken into account when addressing the issue, also the child's needs, which is the eternal wait for a home that provides him with love and security. This new family needs the protection that appeared adequate state, thereby protecting its new members who deserve full happiness.

Key words: Adoption. Constitution of 1988. Homosexual. Child.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAP - Associação Americana de Psiquiatria

ABGLT - Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Travestis

ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental

ART - Artigo

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CID - Classificador Internacional de Doenças

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

GLS - Gays, Lésbicas e Simpatizantes

LGBTTIS - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

DSM - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais

PFL - Partido da Frente Liberal

PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PRB - Partido Republicano Brasileiro

PSC - Partido Social Cristão

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 BASE JURÍDICA CONSTITUCIONAL	13
2.1 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	15
2.1.1 Analogia	17
2.2 Princípio da Isonomia	18
2.3 Princípio da Dignidade Humana	20
2.3.1 A nova família brasileira	22
3 HOMOAFETIVIDADE, UM BREVE HISTÓRICO	27
3.1 Influência das religiões	28
3.2 A doença do homossexualismo	30
3.3 Conquistando direitos iguais	31
4 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE ADOÇÃO NO BRASIL	34
4.1 Estatuto da criança e do adolescente	36
4.1.2 Da irrevogabilidade da medida	39
4.1.3 O quesito idade	40
4.1.4 Do consentimento dos pais ou do representante legal	41
4.1.5 Da idade dos adotantes	42
4.1.6 Da adoção conjunta	42
4.2 DO PROCESSO DE ADOÇÃO	45
4.3 AFETIVIDADE	48
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Observando nosso cotidiano, encontramos diferentes formas de agir e de pensar, novas culturas e diversas pessoas em vários continentes, contudo o que se pode encontrar em cada um destes lugares é a família, célula da sociedade.

Formada por um grupo de pessoas, a família tem acompanhado a evolução da raça humana e se transforma junto com o pensamento da época vivida, se amoldando para não perder sua essência.

Presencia-se uma nova evolução neste núcleo da sociedade, as famílias tradicionais estão abrindo sua visão criando espaços para o surgimento de novas formações familiares.

Essas novas famílias estão encontrando seu espaço com enorme esforço, entre elas, destaca-se a família composta por duas mães ou por dois pais e seus filhos.

O homossexualismo ganha destaque no mundo contemporâneo, uma vez que antigos valores estão sendo revistos e modificados aceitando novas formas de expressão da liberdade do indivíduo.

Com sua liberdade recém adquirida, com a maior aceitação da comunidade, pares homossexuais querem realizar seus desejos de constituir uma família, e a adoção é o melhor caminho.

Amparados pelos princípios norteadores do direito, elencados na Carta Magna, os homossexuais encontram respaldo para transformar seu sonho em realidade, são direitos básicos de cada cidadão brasileiro que merecem ter suas garantias e escolhas respeitadas.

As regras do direito material e processual não devem ser analisadas friamente, mas sim em conjunto com os princípios constitucionais, alicerces de um estado democrático de direito, que garantem uma interpretação da norma de forma mais amena e protetora.

Como sujeitos de direitos e deveres todos os cidadãos devem ter suas escolhas respeitadas e amparadas pelo estado, o direito de constituir uma família é inerente de cada um, e pode ser dado a todos que o desejam.

Essa nova família traz a seara jurídica questionamentos de ordem moral, cultural e normativo, uma vez que não há no corpo de leis previsão que ampare a situação de forma clara e precisa.

Contudo, é fato que esta família existe e não pode ser deixada a margem do poder judiciário, que deve dar guarida a estes sujeitos componentes da sociedade.

Os vínculos criados entre as crianças adotadas e seus adotantes, independente da sua escolha sexual, devem ser respeitados e mantidos, pois são formados de amor e carinho.

Assim, amparados pelos princípios constitucionais a nova família que aparece no cenário nacional necessita ter seus direitos resguardados para viverem suas vidas de forma harmônica e em paz.

2 BASE JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, igualdade e a justiça com valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.¹

Com base no preâmbulo da nossa Carta Magna, podemos encontrar diretrizes que guiaram o poder constituinte originário na idealização e formalização de nossa lei maior e que servirão de guia para a construção das normas que a seguem. Refletindo nesta obra o momento histórico pelo qual estávamos passando, de luta pelos direitos e igualdade entre todo o povo brasileiro, o legislador apontou à direção que deve ser seguida por toda a nação.

É com esse espírito de igualdade, fraternidade e liberdade, que a nossa Constituição da Republica foi promulgada em 05.10.1988, tentando evitar que o país voltasse a ser governado pela ditadura, e garantindo, o que na época era o mais importante, os direitos e garantias fundamentais que entramos em todo o texto, em especial no artigo 5º da lei.

Ao analisarmos detidamente o preâmbulo podemos encontrar palavras chaves que nortearam todos os artigos que compõem o texto maior e todo o nosso ordenamento jurídico. Palavras como, igualdade e liberdade serão alvo deste texto, que tem por objetivo examinar os princípios aqui inseridos.

Sem dúvida, todos os princípios que avalizam nosso texto são deveras importantes, contudo, existem alguns deles que são mais utilizados e vistos no nosso cotidiano, pois fazemos uso constante sem ao menos perceber.

A titularidade do poder constituinte pertence ao povo, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da Republica, que diz: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.²

¹BRASIL, 1988.

²BRASIL, 1988.

Assim, segundo a doutrina, o poder constituinte originário é totalmente ilimitado (do ponto de vista jurídico, reforce-se), apresentando natureza pré-jurídica, uma energia ou força social, já que a ordem jurídica começa com ele e não antes dele.³

E é somente o poder originário que terá força para criar uma nova constituição, que retratará o momento vivido pelo constituinte.

Deve-se ressaltar que na Constituição da República encontramos o espírito das normas que compõem o acervo de normas nacionais, não podendo nenhuma delas contrariar a Lei Maior. Contudo, o preâmbulo constitucional não poderá servir de fundamentação, mas somente de guia, uma vez que apresenta as justificativas, a origem, os objetivos, os valores e os ideais da Constituição.

Assim:

O preâmbulo [...] não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte [...] Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta [...] Esses princípios sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local [...].⁴

Isso posto, após breve colocação sobre o preâmbulo da nossa Constituição da República de 1988 analisaremos os princípios que foram extraídos deste e se fazem presentes em todo o corpo do texto constitucional para a seguir fazermos o debate e análise do nosso tema.

³LENZA, 2011, p. 174.

⁴LENZA, 2011, p. 160.

2.1 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

A Constituição Federal colaciona em seu bojo o direito de que qualquer cidadão poderá recorrer ao Poder Judiciário para que este aprecie lesão ou ameaça a direito, é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como princípio da indeclinabilidade ou do controle jurisdicional.

É neste princípio que encontramos o fundamento do direito de ação que é subjetivo público, autônomo, abstrato e condicionado em exigir do Estado a proteção estatal para a resolução dos conflitos.⁵ Isso porque, ao trazer para si a função de órgão solucionador de conflitos o Estado veda o direito de autotutela no qual um dos sujeitos do conflito impõe ao outro sua vontade⁶, não podendo eximir-se do seu papel de aparelho julgador.

Salienta-se:

Desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade de prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.⁷

Assim, não pode o Poder Judiciário deixar de analisar questões relacionadas à homoafetividade, como casamento, sucessão, direitos previdenciários e adoção, direitos adquiridos igualmente por toda a população.

O direito de ação, dado a qualquer um e utilizado quando há ameaça ou lesão a direito deve atender a três requisitos quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir, se não houver o preenchimento de todas estas condições ocorre o que se chama de carência de ação.

Na possibilidade jurídica do pedido o que se pleiteia em juízo deverá estar amparado por lei ou não defeso,

⁵ FIGUEIREDO, 2009, p. 15.

⁶ FIGUEIREDO, 2009, p. 2.

⁷ MORAES, 2007, p. 73.

Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondesse a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo.⁸

A legitimidade para a causa está relacionada às figuras ativas e passivas do processo que têm interesse na resolução do conflito,

Estará legitimado o autor quando for possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.⁹

No interesse de agir deve haver a necessidade de se buscar a prestação jurisdicional para a satisfação de um direito,

Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida.¹⁰

Após avaliar se estão presentes as condições da ação, dever do magistrado em sua função estatal, este não poderá desobrigar-se no julgamento de qualquer causa que tenha suprido todas as condições da ação, devendo usar da analogia, dos bons costumes, dos princípios gerais do direito, da jurisprudência e da equidade para julgar o caso.

⁸ TEODORO JUNIOR, 2009, p. 61.

⁹ TEODORO JUNIOR, 2009, p. 64.

¹⁰ TEODORO JUNIOR, 2009, p. 63.

2.1.1 Analogia

Com base no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que diz: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”¹¹ o magistrado deverá buscar auxílio em um destes institutos para sanar possíveis obscuridades na legislação.

Sabe-se que a legislação teria que acompanhar o desenvolvimento cultural da sociedade, abarcando todas as situações que viessem a existir no cotidiano, contudo, é impossível prever todas essas ocasiões, e para isso o legislador permitiu que quando o magistrado estivesse perante estas circunstâncias utilizasse da analogia, entre outros princípios, para solucionar o conflito,

Trata-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal. O juiz pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos que a letra do texto não havia compreendido.¹²

No caso de adoções por casais homoafetivos, o magistrado deverá usar da analogia ao decidir a lide. Neste caso, ao observar o pedido, o juiz deve considerar o que motiva o casal a adotar, que seria o afeto, transmitindo a uma criança ou adolescente carinho, amor, atenção e dedicação o mesmo objetivo e motivação de casais heterossexuais.

Conforme Venosa analogia é um processo de semelhança¹³, assim as regras formais da adoção seriam as mesmas para casais heterossexuais e homossexuais.

Ao se deparar com um caso de adoção por pares homossexuais, o juiz não poderá se eximir de julgar o caso concreto sob o argumento de que não há legislação em vigor que normatize a situação e lhe faça ter validade para proferir seu parecer, conforme o artigo 126 do Código de Processo Civil, “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da

¹¹ BRASIL, 2002.

¹² VENOSA, 2006, p. 24.

¹³ VENOSA, 2006, p. 24.

lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.¹⁴

A previsão da analogia em nosso ordenamento jurídico impede que casos sem regulamentação sejam extintos sem julgamento de mérito com base na impossibilidade jurídica do pedido, valendo ressaltar que tudo o que não é defeso na lei civil é permitido.

2.2 Princípio da Isonomia

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.¹⁵

O princípio da isonomia ou da igualdade é sempre traduzido pela máxima que diz “trate os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual”, é a partir dessa frase que os doutrinadores e aplicadores do direito de todo o país interpretam este princípio.

Contudo, não podemos aumentar seu alcance constitucional que é encontrado no artigo 5º e inciso I da Carta Magna, transcrito acima, conforme Alexandre de Moraes que diz:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenças normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja existência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeito da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.¹⁶

¹⁴ BRASIL, 2002.

¹⁵ BRASIL, 1988.

¹⁶ MORAES, 2007, p. 32.

Assim, o legislador ao criar uma norma terá que observar o princípio da igualdade ao formulá-la, fundamentando o motivo da discriminação ou distinção, para que assim devidamente justificada, a desigualdade ocorra. Algumas discriminações estão positivadas em nosso ordenamento, como a diferença dada à gestante, sua licença maternidade em contraposição com a licença paternidade.

Contudo, alguns legisladores estão fugindo da essência do princípio elencado em nosso texto maior, ao analisar a questão do homossexualismo, controversa em todas as esferas da sociedade. Projetos de lei como o do deputado Zequinha Marinho do PSC/PA, e dos ex- deputados Walter Brito Neto do PRB/PB e Olavo Calheiros do PMDB/AL,¹⁷ são contra a adoção por casais homossexuais, e devem ser analisados com cautela, uma vez que suas finalidades devem ser claras e não podem deixar dúvidas quanto à questão abordada na proposta e a discriminação ocorrida.

Analisando o tema sob a ótica constitucional, verificamos que a tese pode ser de cunho preconceituoso, uma vez que a sociedade está evoluindo para aceitar com maior naturalidade a união homossexual e as situações decorrentes, e o direito deve acompanhar tais mudanças, pois com uma ciência dinâmica que é, devesse regularizar todas as hipóteses vividas pela sociedade.

Infelizmente, encontra-se dificuldade em abordar o tema homossexualismo, fonte de discussões, como as das propostas acima citadas, que têm por objetivo diminuir e restringir direitos garantidos pela Constituição da República de 1988 dados a todos os cidadãos, independentemente de sua opção sexual, que não deve ser alvo de retaliação pelo poder legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Lei Maior, não pode se eximir de julgar questões polêmicas como estas, devendo aplicar a lei de forma a atender aos reclames da sociedade moderna quanto à dinamização do poder judiciário, pois é um veículo facilitador de grande importância e gerador de opiniões que decide o futuro jurídico do país.

Ao tratar do princípio da igualdade o Supremo Tribunal Federal, em julgado aduziu:

¹⁷ BRASIL, 2010.

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.¹⁸

Deste modo, é inadmissível que em um estado democrático, as pessoas sejam tratadas de forma diferente devido a sua orientação sexual, ou sua forma de pensamento e ideais, e a lei ao estabelecer diferenças de tratamento, deve ser justa, fundamentando o porquê de tal discriminação.

2.3 Princípio da Dignidade Humana

Considerado um dos princípios mais importantes do nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade humana elencado no artigo 1º da Carta Magna em seu inciso III traz a individualização do ser humano, e seu direito de realizar suas escolhas e viver uma vida digna, devendo ser respeitado pela sociedade em que vivemos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios maiores a direcionar a sociedade e o Estado em todas as ações individuais, coletivas e institucionais, visando à concretização do real Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, que são de todos, independentemente de orientação sexual, sob pena de resvalar no descrédito a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁹

Nessa esteira:

A dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012.

¹⁹ COSTA, 2009, p. 10.

como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito.²⁰

Explicitado na Declaração Universal dos Direitos do Homem no preâmbulo, o princípio da dignidade da pessoa humana leva em sua essência o direito de uma vida justa, sem preconceitos, com liberdade de escolhas amparadas por um sistema igualitário, que deve vigorar em todo o mundo moderno.

O princípio da dignidade humana apresenta as seguintes características:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.²¹

Levando-se em consideração que o Estado trouxe para si a responsabilidade de guiar e tratar todo povo com o mesmo respeito, garantido o mínimo para a subsistência de todos, deve ser respeitado seus direitos de escolhas, opera-se um sistema de troca onde há proteção de todos os direitos e opções, com livre arbítrio, respeitando-se a harmonia e a paz social.

O direito à dignidade da pessoa humana transcende a lei material, existindo sem a extrema necessidade de regulamentação jurídica, pois como garantia que é está latente em cada um, advinda de momentos de lutas já vivenciados ao longo da caminhada da humanidade, assim:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. [...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser

²⁰ GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 385.

²¹ GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 386-387

feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²²

Ao analisar o dito princípio deve-se levar em consideração que cada pessoa merece viver dignamente, livre de represálias e sem preconceitos, ressalta-se que existem situações positivadas em nosso direito no qual a liberdade de escolha é reduzida, porém sempre que tais fatos ocorrem o legislador deve fundamentar sua decisão, sob pena de ser considerada uma oposição aos princípios que regem a nação.

2.3.1 A nova família brasileira

Hodiernamente, estamos passando por um momento histórico importante, pois os pequenos grupos de homossexuais que antes viviam à margem da sociedade devido ao grande preconceito estão se fortalecendo na luta a favor de seus direitos, uma de suas recentes conquistas, e possivelmente a mais importante foi o seu reconhecimento como entidade familiar.

A doutrina conceitua família como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos.²³ Contudo, sabe-se que modernamente, a família também é reconhecida quando formada por somente um dos pais e o filho (família monoparental), ou pais e filhos de casamentos diferentes.

A Constituição da República ao oferecer a proteção estatal à família não deve impor uma restrição à sua formação, dizendo qual o tipo de família que merece esta proteção.

Uma das maiores conquistas dos homossexuais foi através do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo em recente julgamento da Suprema Corte Brasileira, o Supremo Tribunal de Federal, que deu à

²² MORAES, 2007, p. 16.

²³ VENOSA, 2006, p. 25.

relação o direito de ser chamada de família, renovando conceitos arcaicos e ampliando a visão constitucional sobre o assunto.

Em seu artigo 226 a Constituição Federal de 1988 dá à família brasileira toda a proteção necessária, e preceitua em seu §3º que a união estável será reconhecida entre o homem e a mulher, contudo o STF deu nova interpretação a este parágrafo quebrando o conceito de que deve haver procriação para que seja reconhecida a entidade familiar.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana a Corte Maior ao julgar a ADI número 4.277 e ADPF número 132, entendeu que:

A norma constante do art. 1.723 do CC [...] não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa a conclusão do Plenário ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo procurador-geral da República e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro. [...] No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposição conformação anatomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não [...] Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que 'tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. [...] Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não atrelamento a casais heteroafetivos

ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, art. 226, § 3º). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, § 1º a § 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não discriminação e outros. (Julgamento em 4 e 5-5-2011).²⁴

Na legislação extravagante também podemos aferir a nova visão sobre a família, como na Lei Maria da Penha (lei número 11.340 de 07 de agosto de 2006) em seu artigo 5º que preceitua:

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:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - **no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;**

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**²⁵

Ao conceituar o termo *família* no ordenamento jurídico é preciso levar em consideração a dignidade da pessoa humana, sua liberdade, igualdade, a solidariedade e a afetividade.

Com a formação deste novo núcleo familiar de pais do mesmo sexo o mais importante é oferecer o respeito e o tratamento igual a todas as famílias, pois seu

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012.

²⁵ BRASIL, 2006.

reconhecimento abre novos caminhos no ordenamento como no direito de sucessões e no direito de adoção.

A questão do direito à adoção é um ponto importante a ser analisado, pois na maioria das vezes quando um casal se une tem a intenção de agregar novos membros à família, tornando-a cada vez maior.

Apesar dos avanços na doutrina e na jurisprudência, o tema ainda apresenta pontos não esclarecidos, como por exemplo, se um casal homossexual preencheria todos os requisitos formais para o processo de adoção.

O assunto está tomando forma com a evolução do pensamento da sociedade, mas está em pauta de discussão há muito tempo como podemos observar no julgado abaixo colacionado, no qual o Ministério Público recorreu da decisão de primeiro grau que concedia a um homossexual a adoção de uma criança, vale ressaltar que o julgamento ocorreu em 1998:

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público.

1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: Unânime Resultado: Apelo improvido TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível - Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 - Nona Câmara Cível²⁶.

Estudos psicológicos apontam que a opção sexual do adotante não influencia no comportamento do menor, não sendo um fator tão importante, a revista

²⁶ DINIZ, 2008.

Harvard Law Review, confirma que "a prole de homossexuais não está mais propensa a sentir desejo pelo mesmo sexo, com a natural convivência²⁷."

Na esteira do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão favorável a um casal homoafetivo que tentou se habilitar para o casamento na Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS e teve seu pedido negado em primeira e segunda instância, alegando os juízos a impossibilidade jurídica do pedido²⁸.

O voto abaixo, nos mostra o novo entendimento do conceito família, pois diz:

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.²⁹

Com a ampliação jurídica da conceituação de família e a integração dos princípios constitucionais, não encontramos barreiras para que as habilitações nos processos de adoção sejam deferidas de imediato, não sendo mais necessária a discussão na seara judicial sobre sua possibilidade.

²⁷ DINIZ, 2008.

²⁸ BRASIL, 2010.

²⁹ BRASIL, 2010.

3 HOMOAFETIVIDADE, UM BREVE HISTÓRICO

Não se sabe ao certo quando as relações homossexuais surgiram, mas é correto afirmar que na história da humanidade, em meio a sua evolução, o homossexualismo viveu à margem, ora como produto de represálias e chacotas, ora aceito e respeitado por parte da sociedade.

A palavra homossexualismo vem do grego *ἴσος* (homos), *igual* e do latim *sexus* = sexo³⁰, e segundo relatos apareceu pela primeira vez em um panfleto alemão de autoria desconhecida em 1869.

Na história das nações, o homossexualismo é encontrado em todas as culturas, sendo certo que já foi considerado como permitido, sendo uma forma de status social e liberdade, e em outros momentos proibido e reprimido.

Na Grécia antiga, existem relatos que na ilha de Lesbos houve envolvimento entre a poetisa Safos e outras mulheres, sendo que a poetisa elaborou poesias de amor direcionadas as suas amantes. O termo “lésbica” teria seu nascimento nesta ilha.

Em outras culturas como a africana e a egípcia, também há relatos sobre a união de pessoas do mesmo sexo; no Egito, há informações do que poderia ser o primeiro casal homossexual da história, Khnumhotep e Niankhkhnum, que viveram por volta de 2 400 a.C., o casal foi retratado se beijando, rodeado por possíveis herdeiros.³¹

Na Babilônia, berço de um dos maiores conquistadores da história, Alexandre o Grande, ocorria a prostituição homossexual masculina, onde estes assumiam a posição passiva na relação³². A posição passiva ou ativa que o homem assumia na relação era fator determinante para seu status social.

Pela necessidade de procriação e fortalecimento dos grupos sociais, era aceitável que um homem mantivesse seu casamento cumprindo com seus deveres para sua família, e em paralelo a essa união se relacionasse com outros homens em busca de fortalecimento social.

³⁰ WIKIPÉDIA, 2012.

³¹ WIKIPÉDIA, 2012.

³² FARIAS; MAIA, 2009, p. 24.

As informações existentes das relações homoafetivas tem seu foco voltado para os casais formados por homens, deixando à margem referências sobre os relacionamentos de mulheres, o que pode ter sido uma decorrência da pouca valorização dada à mulher ao longo da história da humanidade.

Os valores culturais modificam-se a partir das experiências vivenciadas pela humanidade, assim o que era inaceitável pelo grupo social dominante pode ser transformado em aceitável, dependendo de fatores externos como guerras, calamidades, pestes e descobertas científicas que influenciam o modo de pensar da humanidade.

3.1 Influência das religiões

É notório o poder que a religião, seja ela qual for, exerce em seus seguidores, influenciando o modo de pensar, agir e de se comportar perante a comunidade, ditando regras de comportamento e da moral.

Conceito amplamente difundido em todas as religiões é o da proliferação da espécie, uma vez que o homem e a mulher devem ficar juntos para o desenvolvimento e criação da espécie humana e seria considerado contra as leis religiosas o envolvimento entre pessoas do mesmo sexo.

O judaísmo progressivo é a corrente do judaísmo que melhor aceita a relação homoafetiva, acreditando que as leis tradicionais não ponderam sobre as mudanças no entendimento da sexualidade humana.³³ As outras correntes do judaísmo, quais sejam a tradicional, a ortodoxa e a conservadora seguem o Torá para a interpretação do fato.

Os adeptos da religião islâmica são contra as relações homoafetivas, sendo que em países como Arábia Saudita, Irã e Sudão a prática de sexo por pessoas do mesmo sexo é considerado crime, e é punido com a pena de morte.

Contudo, a religião que mais influenciou o ocidente, e que é uma grande contribuinte para o preconceito contra os homossexuais é a religião Católica, que utilizou da passagem bíblica de Adão e Eva para reafirmar a idéia da procriação,

³³ WIKIPÉDIA, 2012.

sendo a vontade de Deus que o homem e a mulher ficassem juntos somente para se reproduzirem, sendo pecaminoso o sexo sem tal finalidade.

São Paulo classificou a homossexualidade como um comportamento contra a natureza, sendo que também compartilham desse pensamento São Tomaz de Aquino e Santo Agostinho.

Nos dias atuais a Igreja Católica persiste em fechar os olhos para este assunto, e mantém sua posição ao considerar o homossexualismo como um ato imoral. O Papa João Paulo II se dirigiu ao público para se manifestar a respeito dizendo:

Em nome da Igreja de Roma, não posso deixar de exprimir profunda tristeza pela afronta ao Grande Jubileu do Ano 2000 e pela ofensa aos valores cristãos de uma Cidade, que é tão querida ao coração dos católicos do mundo inteiro. A Igreja não pode deixar de falar a verdade, porque faltaria à fidelidade para com Deus Criador e não ajudaria a discernir o que é bem daquilo que é mal. A respeito disto, desejaria limitar-me a ler quanto diz o Catecismo da Igreja Católica que, depois de ter feito observar que os atos de homossexualidade são contrários à lei natural, assim se exprime - "Um número não desprezível de homens e de mulheres apresenta tendências homossexuais. Eles não escolhem a sua condição de homossexuais; essa condição constitui, para a maior parte deles, uma provação. Devem ser acolhidos com respeito, compaixão e delicadeza. Evitar-se-á, em relação a eles, qualquer sinal de discriminação injusta. Estas pessoas são chamadas a realizar na sua vida a vontade de Deus e, se forem cristãs, a unir ao sacrifício da Cruz do Senhor as dificuldades que podem encontrar devido à sua condição (n. 2358)."³⁴

Jesus Cristo sempre pregou a tolerância e o amor ao próximo, ajudando todas as pessoas que buscavam seu auxílio e protegendo os que mais precisavam. Ressalta também que os evangélicos, os católicos e os protestantes não precisam sentir medo, pois em nada atrapalhariam e nem lhe fariam mal³⁵.

Como formadores de opiniões, os líderes das congregações de todo o mundo devem pregar contra todos os tipos de preconceito, afinal, em todas as religiões encontramos mais passagens que nos ensinam a ser tolerantes, pois somos todos filhos de Deus e devemos nos tratar como iguais.

³⁴ WIKIPÉDIA, 2012.

³⁵ DIAS, 2010.

3.2 A doença do homossexualismo

O homossexualismo já foi considerado uma doença, sendo que a psicologia foi o primeiro ramo da ciência a estudá-la no final do século XIX, com a finalidade de descobrir os motivos ensejadores da escolha sexual de ter um relacionamento no qual pessoas do mesmo sexo estão juntas.

Para a psicologia:

A orientação sexual, que determina a capacidade interna de atração e de vinculação afetiva, assenta-se, nas pessoas, “em torno dos 4 ou 5 anos de idade.” Nesta direção, Freud ressalta que os fenômenos da sexualidade surgem na terna infância e “fazem parte de um curso ordenado de desenvolvimento, que atravessam um processo regular de aumento, chegando a um clímax, por volta do final do quinto ano de idade, após o qual, segue-se uma acalmia”³⁶.

No mesmo sentido,

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas não há nela nada do qual se possa ter vergonha. Não é nem vício, nem um aviltamento, nem se pode qualificá-la como doença. Nós a consideramos uma variação da função sexual, provocada por uma parada do desenvolvimento sexual. Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de a senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. Muitos indivíduos profundamente respeitáveis, nos tempos antigos e modernos, foram homossexuais e, dentre eles, encontramos grandes nomes (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci, etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade.³⁷

Acreditava-se que o homossexualismo era uma doença mental, seria um desvio de orientação sexual provocada por uma perturbação do desenvolvimento psicosssexual³⁸.

³⁶ SILVA JUNIOR, 2010, p. 67.

³⁷ SILVA JUNIOR, 2010, p. 71.

³⁸ HOMOSSEXUALIDADE, 2000.

Até pouco tempo, a homoafetividade era listada como doença, sendo que em 1973 a AAP (Associação Americana de Psiquiatria) retira de sua lista, o que foi seguido em 1985 pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil, e por fim nos anos 90 saiu do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), onde são listados os códigos de todas as doenças mentais³⁹.

O código 302 do Classificador Internacional de Doenças – CID, era utilizado para os diagnósticos de pessoas que possuíam um desvio ou transtorno sexual, conhecido com homossexualidade⁴⁰.

O Conselho Federal de Psicologia, com a resolução nº 1/99, começou a proibir que os profissionais da área manifestassem sua opinião publicamente de que a homossexualidade seja uma doença ou que façam sugestões de tratamento para a manifestação sexual, pois esta não é uma patologia⁴¹.

3.3 Conquistando direitos iguais

A luta dos homossexuais é vivenciada há muito tempo, pois é tão remota sua luta:

Quanto a própria humanidade e está presente em todas as fases históricas, culturais, classes e ramos da atividade humana – desde aqueles mais “masculinos” (como os exércitos) até os mais repressivos (como a Igreja Católica)... Ela é uma das muitas variantes sexuais e não um fato isolado, evidenciando, antes de tudo, a universalidade de uma prática humana, fundamentalmente, bissexual. Ou seja, uma visão histórica abrangente, a prática homossexual confirma-se como uma oscilação reiterada entre o fascínio e a repulsa, a prática casacratória e a condenação⁴².

Com a separação do Estado e da Igreja Católica, ocorre uma revolução dos valores anteriormente estabelecidos como padrão, no início das décadas de 60 e 70 a liberdade sexual passa a ser lema das reivindicações.

³⁹ SOUZA, 2012.

⁴⁰ FIGUEIREDO, 2001, p. 84.

⁴¹ SILVA JUNIOR, 2010, p. 73

⁴² SILVA JUNIOR, 2010, p. 69.

Nos Estados Unidos, o movimento liberal da homossexualidade ficou conhecido pelo slogan “saindo do armário”, sendo que o dia 28 de junho é uma data decisiva para os homossexuais, uma vez que estes se reuniram para defender seus direitos, fato desencadeado por uma agressão injustificada sofrida por parte da polícia americana, “era o início de um período de forte mobilização [...], que faria os cerca de cinquenta grupos de luta pelos direitos civis gays – existentes nos Estados Unidos – multiplicarem-se por uma centena, ao longo desses trinta anos”⁴³.

É no dia 28 de junho que se comemora o Dia do Orgulho Gay, que marca o início da marcha GLS por direitos iguais em prol da liberdade de expressão desta parcela da população, no Brasil existe o projeto de Lei nº 379/03⁴⁴, de autoria da Deputada Laura Carneiro do PFL/R, para instituir o mencionado dia como o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual.

O termo GLS é utilizado como sigla para gays, lésbicas e simpatizantes, porém como o movimento está em crescente aumento outras formas de expressão foram adicionadas ao nome, sendo atualmente a melhor denominação o acrograma LGBTTIS com o seguinte significado: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Intersexuais e Simpatizantes.

Em nosso país, a ABGLT (Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Travestis), luta pelos direitos dos homossexuais, tendo como pretensão os seguintes objetivos:

- o fomento à criação de novos grupos e fortalecimento dos já existentes, sobretudo aos de lésbicas e travestis, pois entendemos que estes são alvo de uma discriminação ainda mais contundente;
- promoção do intercâmbio e solidariedade entre todos os grupos e indivíduos que lutam pela livre orientação sexual;
- conscientização dos homossexuais da sua importância enquanto seres humanos e de seu papel na sociedade em geral;
- pressão pela criação de leis que se posicionem claramente contra a discriminação e garantam a plena igualdade de oportunidades;
- ação visando à interferência na elaboração de políticas públicas de saúde e afins;
- luta pela liberação de gays, lésbicas e travestis da discriminação legal, social, cultural e econômica⁴⁵.

⁴³ SILVA JUNIOR, 2010, p. 72.

⁴⁴ BRASIL, 2003.

⁴⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS, 2006.

A ABGLT tem por objetivo integrar os membros do movimento LGBTTTIS às demais membros da sociedade brasileira, uma vez que não pode haver disparidades entre os componentes da sociedade, sendo o mais importante estimar a forma de afeto compartilhada por todos.

4 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE ADOÇÃO NO BRASIL

O instituto da adoção remonta de tempos antigos. No país, com a vinda da família real portuguesa o instituto continua a ser tratada pelas Ordenações e, em seguida pela Consolidação das Leis Civis, sendo que ambas tratavam o assunto de forma superficial⁴⁶.

Como importante atributo, a adoção era utilizada para dar filhos a quem não poderia tê-los, sendo observado somente o interesse do adotante, deixando de lado as vantagens que o instituto traria para o adotado.

Muitas crianças eram abandonadas e deixadas à deriva sem qualquer proteção, o que refletia na falta de preparo e preconceitos de se ter uma criança sem uma família regularmente estabelecida, pode se dizer que:

Já nos períodos Colonial e Imperial, crianças “legítimas” e “ilegítimas” eram abandonadas em diversos locais urbanos, na tentativa dos pais de livrarem-se do filho indesejado, não amado ou ilegítimo. Para estas crianças denominadas de enjeitadas, desvalidas ou expostas, foi copiado o “modelo” europeu: a “Roda dos Expostos” ou “Roda dos Enjeitados”, um dispositivo rotatório de madeira que permitia o abandono anônimo de bebês [...]. As teses da Faculdade de Medicina mostraram-se, inicialmente, favoráveis à utilização da Roda, como medida moralizadora e de proteção à mulher. Consistiam, algumas delas, em argumentar sobre a fragilidade da natureza feminina, facilmente levada pelos sentidos e vítimas dos libertinos e celibatários – homens inescrupulosos que não continham ante à tentação de seduzirem as mulheres, tornando-as sem honra e obrigando-as a abandonarem os filhos à caridade pública⁴⁷.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o estatuto da adoção ganha contornos maiores e é regulado na Parte Especial, Livro I – Direito de Família – Capítulo V, Título V, nos artigos 368 a 378.

No referido diploma, podemos notar que um dos requisitos, confirmando a idéia de benefício ao adotante, é a idade mínima de 50 anos e sem prole legítima para realizar a adoção; o que dificultava a adoção por casais que não poderiam ter filhos naturais⁴⁸.

⁴⁶ PICOLIN, 2007.

⁴⁷ GUIMARÃES, 2008, p. 18.

⁴⁸ GRANATO, 2010, p. 44.

Com a promulgação da Lei 3133 de 08 de março de 1957, presenciaram-se marcantes mudanças no instituto, como por exemplo: a idade mínima para adotar passa a ser de 30 anos; casais, com pelo menos 05 anos de casamento estável podem adotar; eliminação da exigência da falta de prole⁴⁹.

As modificações foram poucas, porém a adoção passa a atender um maior público que ansiava ter a companhia de uma criança em seu lar e que não podiam, pois não atendiam os requisitos anteriormente estabelecidos.

Com o advento da Lei 4655 de 06 de junho de 1965 passa a ocorrer à legitimação adotiva, onde menores de até sete anos abandonados, de pais desconhecidos, destituídos do poder familiar e os que desejam colocar seus filhos para adoção poderiam fazê-lo, segundo o art. 1º da lei,

Art. 1º É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até 7 (sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órgão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação⁵⁰.

Os filhos advindos desta modalidade de adoção seriam considerados filhos legítimos do casal adotante, contudo as condições de matrimônio com duração de no mínimo cinco anos e idade superior a 30 anos permanecem.

No registro do infante constariam dados do casal adotante, como preleciona o art. 6º da Lei,

Art. 6º A sentença deferindo a legitimação terá efeitos constitutivos devendo ser inscrita, mediante mandando no Registro Civil, como se se tratasse de registro fora do prazo, no qual se consignará os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os nomes dos ascendentes dos mesmos. O mandado será arquivado, dêle não podendo o oficial fornecer certidões.

§ 1º Nas certidões do registro nenhuma observação poderá constar sôbre a origem do ato.

§ 2º O registro original do menor será anulado, também por mandando do Juiz, o qual será arquivado, VETADO.

⁴⁹ BRASIL, 1916.

⁵⁰ BRASIL, 1965.

§ 3º Feita a inscrição, cessam os vínculos da filiação anterior, salvo para os efeitos do art. 183 do Código Civil⁵¹.

É com o advento da lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, conhecida como Código dos Menores, que a adoção passa a ganhar contornos mais justos, como a equiparação do adotado com os filhos legítimos, em especial para os efeitos da sucessão e era irrevogável.

Este diploma destinava-se a proteção de menores até dezoito anos de idade que estivessem em situação irregular, que passam a ser alvo de medidas de caráter protetivo.

Com a adoção plena, os vínculos existentes entre o adotado e sua antiga família são totalmente excluídos, salvo os impedimentos matrimoniais que continuam valendo. Os menores de até sete anos em situação irregular, que estão elencadas no art. 2º da Lei, são os beneficiários da adoção plena.

4.1 Estatuto da criança e do adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, lei 8.069, de 13 de julho de 1990, oferece proteção às crianças, essa considerada a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, e aos adolescentes, com doze anos completos até os dezoito anos de idade.

Um dos objetivos do estatuto é a proteção integral do menor, assegurando o necessário para seu desenvolvimento completo, conforme diz o art. 3º:

Art. 3º 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 dignidade⁵².

⁵¹ BRASIL, 1965.

⁵² BRASIL, 1990.

Em suas disposições encontra-se a total vedação a qualquer tipo de violação as garantias do menor, pois assim ensina o art. 5º da lei,

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais⁵³.

Como sujeito de direitos e deveres, o menor é merecedor da proteção estatal, por ainda ser insuficiente para conseguir se prover, e deve ter todos os utensílios necessários para sua formação completa.

Em determinados momentos, nos deparamos com uma criança ou um adolescente em situações de risco, tendo sua integridade física e moral ameaçadas, o estatuto prevê para essas situações a colocação em uma família substituta, sendo que só acontecerá em último caso quando não há mais possibilidade de uma convivência saudável na família natural.

A adoção é uma das formas de colocação em família substituta, provavelmente uma das mais radicais, uma vez que a família perde os laços com o menor, restando apenas os impedimentos matrimoniais.

Por ser um processo complexo e moroso, seus requisitos são rigorosos, uma vez que o infante não pode ser deixado em um lar que não tenha a devida infraestrutura:

Ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto à família biológica. Mas se esse não é o núcleo onde melhor se desenvolverão, terão mais seguranças e a chance de serem felizes, as restrições a adoção deixam de respeitar o melhor interesse de crianças e adolescentes. É a celeridade do processo de adoção que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227)⁵⁴.

⁵³ BRASIL, 1990.

⁵⁴ DIAS, 2010.

Ressalta-se a importância de uma moradia equilibrada, saudável e amorosa para que o menor sintá-se bem vindo e se adapte melhor ao seu novo ambiente. As famílias que recebem tais infantes devem preencher todos os requisitos estabelecidos em lei e também o mais importante deles, o de oferecer todo o amor possível a este menor.

Com um ambiente propício ao acolhimento e ao bom relacionamento, não há nada que impeça a adoção homoafetiva, uma vez que o entendimento do conceito família foi ampliado, com destaque para o mais importante o afeto entre as pessoas que a compõe:

A família agora é definida pela lei como uma relação íntima de afeto, comportando todos os arranjos que preservem o respeito e a dignidade de cada um de seus membros.

Deste modo, não há como não reconhecer as famílias homoafetivas como uma entidade familiar que pode assumir as responsabilidades parentais e ambos bem desempenharem as funções paternas e maternas.

Por puro preconceito não é possível que a Justiça deixe de reconhecer que duas pessoas, independente da identidade sexual, tem muito amor a oferecer a quem só quer ter o direito de amar e ser amado⁵⁵.

Se considerarmos que o amor não tem preconceito, nem idade, nem sexo, sendo somente uma forma de demonstrar carinho e atenção pelo próximo, porque encontramos resistência ao visualização de um lar composto por casais homoafetivos e seus filhos.

Observa-se que o legislador ao promulgar a nova Lei da Adoção deixou de contemplar a possibilidade da adoção homoafetiva:

Bem, falando em habilitação, perdeu o legislador a bela chance de explicitamente admitir – como já vem fazendo a jurisprudência – a adoção homoparental. Nada, absolutamente nada, justifica a omissão. Para conceder a adoção conjunta, de modo pouco técnico, fala a lei em “casados civilmente” (ECA 42, § 2º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é! Também é confrontado o preceito constitucional ao ser exigida a comprovação documental da união estável (ECA 197-A, III). É instituto que não requerer prova escrita⁵⁶.

⁵⁵ DIAS, 2010.

⁵⁶ DIAS, 2010.

Pontuaremos todos os requisitos formais da adoção para analisar a possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

4.1.2 Da irrevogabilidade da medida

Seguindo o que dispõe o instituto da adoção no estatuto, em seu art. 39 § 1º, a adoção tem caráter de medida excepcional, uma vez que esta é irrevogável não podendo a família acolhedora do menor devolvê-lo por qualquer tipo de dificuldade.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se manifestou:

1.Número:70038040051 Inteiro Teor:doc.htmlTribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL Tipo de Processo: Apelação Cível Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível Decisão: Acórdão Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Comarca de Origem: Caxias do Sul Ementa: PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE ADOÇÃO VÍNCULO ESTABELECIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IRREVOGABILIDADE. 1. É irrevogável a adoção consoante estabelece o art. 39, § 1º, do ECA, mesmo que tenha sido realizada antes do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. O art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade jurídica de todos os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, incluindo também os havidos por adoção. 3. Os princípios postos na Carta Magna atingem todo o ordenamento jurídico e todas as relações nele inseridas, dando nova conformação legal ao próprio instituto da adoção. 4. Assim, não apenas a adoção, como também o próprio ato de reconhecimento de filho, é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB), sendo que a própria anulação do registro de nascimento, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 5. Inocorrendo qualquer vício na formalização da relação de paternidade e filiação, improcede a pretensão de desconstituir a adoção, pois tal vínculo é irrevogável. 6. Se a pretensão da parte é juridicamente impossível, torna-se imperioso o indeferimento da exordial. Recurso desprovido. (SEGREGADO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70038040051, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/08/2011)⁵⁷

Também nesta esteira, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

⁵⁷ BRASIL, 2011.

0288184-33.2006.8.19.0001 - APELACAO

1ª Ementa

DES. CRISTINA TEREZA GAULIA - Julgamento: 20/09/2011 - QUINTA CAMARA CIVEL

Apelação cível. Ação de adoção. Destituição do poder familiar. Mãe que aos sete meses de gravidez procura o Judiciário para obter informações sobre o procedimento de entrega de seu filho para adoção. Atendimento e orientação da equipe interdisciplinar do juízo. Decisão de entregar o bebê para colocação em família substituta quando este tinha apenas quatro dias de nascido. Arrependimento. Elementos constantes dos autos que não demonstram firme vontade da mãe de ter a filha sob sua guarda. Mulher ainda jovem que possui outros dois filhos menores de idade, um criado pela avó materna e outro pelo pai. Estudos psicológico e social que acentuam que a mãe biológica da menor não apresenta condições psicológicas de assumir a responsabilidade que a maternidade exige. Paternidade que ademais não resta comprovada. Informação de falecimento do suposto pai através de documento emitido pela Coordenadoria de Segurança e Inteligência do Ministério Público. Criança sob os cuidados de família substituta há quase cinco anos. Prevalência do melhor interesse da criança que se sobrepõe inclusive aos direitos parentais. Inteligência dos arts. 227 CF/88 c.c 3º e 22 Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que o parentesco psicológico prevalece sobre a verdade biológica. Precedentes jurisprudenciais pátrios e desta E. Corte em casos congêneres. Manifestação do Ministério Público de 1º e de 2º grau pelo deferimento da adoção. Sentença que defere o pedido de adoção da criança formulado pela família substituta, determinando a destituição do poder familiar da ré e, conseqüentemente, o cancelamento do registro de nascimento da menor e novo registro civil, inclusive com a averbação da filiação dos requerentes, que se mantém. Recurso desprovido. Data de Julgamento: 20/09/2011⁵⁸

Os tribunais não reconhecem a revogabilidade da medida, uma vez que a criança ou o adolescente poderiam ser usados como objetos por parte dos adotantes que ao primeiro sinal de dificuldade os devolveriam para o abrigo. Caso esta hipótese ocorresse teríamos uma instabilidade jurídica, que não é permitido por nosso ordenamento.

4.1.3 O quesito idade

O artigo 40 do estatuto diz que: “O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes⁵⁹.”

⁵⁸ BRASIL, 2011.

⁵⁹ BRASIL, 1990.

Deste modo, o pedido formulado para a adoção de uma pessoa com mais de dezoito anos deverá seguir as regras do Código Civil, uma vez que o estatuto não regula este tipo de adoção.

Como ressalva, o artigo 40 deixa claro que se o pedido for feito enquanto a criança era menor e no decorrer do processo atingiu a maioridade, seu tramite continuará a seguir as regras do estatuto.

O estatuto traz em seu bojo, no artigo 45 §2º, a previsão de que o adolescente deve expressar seu consentimento no processo de adoção. Contudo, devemos observar este dispositivo com cautela, uma vez que nem sempre o adotando consegue distinguir o que é melhor para si.

Ao analisar a manifestação de vontade do menor, o magistrado deve julgar a situação de forma favorável a este, não precisando se restringir a sua manifestação de vontade, conforme entendimento doutrinário:

Entretanto, esse consentimento deve ter um valor relativo na apreciação a ser feita pelo juiz na sentença.

A sua concordância ou discordância por si só, não deve representar o deferimento ou indeferimento da adoção.

O §2º do art. 45 não pode ter uma interpretação divorciada daquela que se deve dar ao art. 43 que representa o ideal do sistema.

Portanto, a concordância ou discordância do menor deve ser confrontada com as vantagens ou desvantagens para si, da adoção.

Pode concordar e a adoção merecer indeferida e, ao contrário, pode discordar, e ser ela deferida.

Não se pode esquecer a cautela com que sempre se houve a Justiça, nas causas de família, com relação a depoimentos de menores, nem se deve considerá-los isoladamente, mas em conjunto com as outras provas ou elementos formadores de convicção.

A adoção moderna é sempre conferida de acordo com os altos interesses dos menores, que eles nem sempre sabem aquilatar⁶⁰.

4.1.4 Do consentimento dos pais ou do representante legal

Também no artigo 45 do estatuto, há a previsão do consentimento dos pais ou do representante legal, uma vez que a adoção rompe os laços entre a família natural e o menor, sendo uma decisão importante a entrega de um filho para outrem.

⁶⁰ GRANATO, 2010, p.74.

Salientamos que o consentimento será dispensado quando o menor tiver pais desconhecidos ou tiver ocorrido à destituição do poder familiar, uma vez que o menor não mais se encontra na companhia dos pais.

4.1.5 Da idade dos adotantes

Os maiores de dezoitos anos considerados pela lei capazes de praticar os atos da vida civil podem adotar, observando as regras contidas no ordenamento jurídico.

Deverá também, respeitar a diferença de dezesseis anos entre o adotado e o adotante. Segundo a doutrina, esta diferença encontra amparo no objetivo de tornar o instituto da adoção o mais similar com a filiação natural⁶¹.

4.1.6 Da adoção conjunta

Ao tratar da adoção conjunta, o estatuto esclarece que esta somente poderá ser feita caso os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável.

Com o novo entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, as uniões homoafetivas são consideradas uniões estáveis, sendo que parte do poder judiciário da primeira instância está se posicionando no mesmo sentido, conforme podemos entender do julgado abaixo:

Com a decisão prolatada o Supremo Tribunal Federal aboliu qualquer interpretação que pretendesse diferenciar as relações homoafetivas das heteroafetivas, ressaltando que o instituto da família abrange e protege ambas e, em consequência, conclui que é possível a união estável homoafetiva nos mesmo moldes em que ocorre a união estável heteroafetiva⁶².

⁶¹ GRANATO, 2010, p. 76.

⁶² BRASIL, 1990.

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de deferir a adoção a um casal homoafetivo, e em sua decisão esclareceu:

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

EMENTA

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

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea de informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas

criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores, caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido⁶³.

No caso da medida acima deferida, e assegurada pelo Superior Tribunal de Justiça, foi levado em consideração o vínculo afetivo entre as crianças e as companheiras, que conseguiram atingir todos os requisitos da lei, pois observaram o bem estar dos menores, colocando-os em primeiro lugar.

A justiça, em casos como este, deve observar o vínculo afetivo constituído entre os membros da família, o modo como cada um interage no âmbito familiar e social.

Se fôssemos observar somente o que a lei diz, sem preocupação com o desejo de cada uma destas pessoas que optaram por uma escolha sexual diferente, seriam grandes as probabilidades do indeferimento de pedidos de adoção por casais homoafetivos e de reconhecimento da união estável.

Por ser o direito uma ciência dinâmica não poderá mais fechar os olhos para estas situações, devendo o legislador exercer sua função e regularizar a situação de fato de milhares de brasileiros.

Não podemos nos esquecer de que ainda existe uma parcela da sociedade que não aceita esta situação, alegando que a criação de um menor por um casal homoafetivo geraria traumas e poderia vir a influenciar sua opção sexual.

O projeto de lei nº 674 de 2007 visa à criação do Estatuto das Famílias, reconhecendo a união estável de pessoas capazes com o objetivo de constituir família:

⁶³ BRASIL, 2006.

Art. 1º- É reconhecida como entidade familiar a união estável, pública, contínua e duradoura, entre duas pessoas capazes, estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

Parágrafo único- Não será reconhecida como entidade familiar a união estável constituída por companheiro que mantenha simultaneamente casamento ou união estável reconhecida formalmente, com terceiro (a)⁶⁴.

No projeto mencionado, vislumbramos a retirada da condição do reconhecimento da união estável somente entre homens e mulheres, sendo um grande avanço caso houvesse tal modificação na lei.

4.2 DO PROCESSO DE ADOÇÃO

A pessoa interessada em adotar deverá procurar o juiz da infância e juventude de sua comarca, ou se não houver vara especializada o juiz que tenha esta competência.

Pode acontecer que a família já esteja em convivência com a criança, no caso das famílias substitutas, ou esteja procurando um menor para integrar o meio familiar.

Os interessados deverão procurar um advogado ou um defensor público para formalizar seu pedido de habilitação, que segundo o artigo 197-A do estatuto deverá ser instruído com os seguintes documentos:

Art. 197 - A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil apresentarão petição inicial na qual conste:

- I- Qualificação completa;
- II- Dados familiares;
- III- Cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- IV- Cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
- V- Comprovante de renda e domicílio;
- VI- Atestados de sanidade física e mental;
- VII- Certidão de antecedentes criminais;

⁶⁴ BRASIL, 2007.

VIII- Certidão negativa de distribuição cível⁶⁵.

A equipe interprofissional, composta por assistentes sociais e psicólogos, do juízo deverá analisar o pedido de habilitação realizando um minucioso estudo social do caso para aferir a capacidade e o preparo dos interessados.

Com o laudo pronto, o juiz dará vista ao representante do Ministério Público, que poderá apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional, requer designação de audiência para a oitiva de testemunhas, ou pedir a juntada de documentos que julgue necessários ao procedimento.

Como se pode analisar, o procedimento de adoção não tem o condão de verificar as opções sexuais do adotante, e sim sua capacidade psicológica e emocional para a adoção.

Depois de cumpridas as determinações que podem ser feitas pelo representante do Ministério Público e pelo próprio magistrado e sua equipe, o casal ou o interessado será considerado apto, ou não, para adotar. Caso seja apto será incluído no cadastro de adoção, conforme diz o artigo 50 da lei:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.

§ 6º Haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros mencionados no § 5º deste artigo.

⁶⁵ BRASIL, 1990.

§ 7º As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema.

§ 8º A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.

§ 9º Compete à Autoridade Central Estadual zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira⁶⁶.

O cadastro de adoção é uma importante ferramenta à disposição do juiz para facilitar o processo de adoção, por meio do mapeamento de informações unificadas em todo país.

Só podem acessar o cadastro as pessoas autorizadas como o promotor de justiça e os assistentes do juiz, sendo que o Conselho Nacional de Justiça como órgão administrador responsável pelo sistema distribui as senhas necessárias para o acesso ao cadastro.

O interessado em adotar, somente poderá ser incluído no cadastro após sentença de habilitação proferida pelo juiz da infância e juventude da comarca em que reside.

A convocação dos adotantes será feita por ordem cronológica de habilitação ou conforme a disponibilidade das crianças e adolescentes a serem adotados, pode ser que os adotantes tenham a pretensão de adotar somente crianças recém-nascidas o que pode demorar um pouco.

É de se observar que o menor e os adotantes devem passar algum tempo juntos, sendo obrigatório o estágio de convivência, que se dará no prazo fixado pelo juiz em decisão fundamentada.

Após vencidas todas as etapas, o vínculo da adoção se constituirá mediante sentença, expedindo o ofício necessário para o novo registro do menor, onde passará a constar o nome dos adotantes como seus pais.

O registro original será cancelado, não podendo constar nenhuma nota sobre o ato que determinou a modificação do registro. A sentença concederá o nome dos adotantes ao adotado, podendo ser alterado seu prenome.

⁶⁶ BRASIL, 1990.

A lei 6015/73 – Lei dos Registros Públicos, onde encontramos exigências formais a serem cumpridas, não há óbice para que o registro seja feito em nome do casal homossexual.

Assim, nas formalidades processuais não se encontram restrições quanto a opção sexual dos pretendentes a adoção, uma vez que um casal homoafetivo consegue preencher todos os requisitos para a tramitação do processo, sendo que a discriminação pela opção sexual não pode ter seus fundamentos nas regras instrumentais do processo.

4.3 AFETIVIDADE

Apesar das mudanças que estão ocorrendo, ainda encontramos forte preconceito com a ideia de duas pessoas do mesmo sexo adotarem uma criança e formarem uma família.

Contudo, devemos levar em consideração que o bem estar de um menor é muito mais importante do que velhos preconceitos sem qualquer justificativa. É bem mais vantajoso ter os abrigos vazios e lares cheios de carinho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal oferecem proteção especial ao menor e a família, sendo que em todo o processo de adoção o que deve ser observado são as reais vantagens oferecidas ao menor.

É certo que se um casal homoafetivo pode oferecer um lar com tudo necessário para uma criação digna e saudável, não pode o judiciário fechar seus olhos para a melhor opção simplesmente porque seria uma coisa imoral aos olhos da sociedade conservadora.

Onde há afetividade há filiação, pois o amor independe de raça, religião, opção política e sexual, adotar alguém é a maior expressão de carinho que se pode ter, é se entregar totalmente a um ser para vê-lo crescer e se tornar alguém melhor, uma pessoa de bem.

5 CONCLUSÃO

O início de uma nova ideia nem sempre é fácil, encontra-se oposição e preconceito em todo o canto, ocorre o mesmo com tudo o que é novo e diferente, assusta as pessoas que não conseguem compreender o que aquilo representa.

A cada indivíduo é apresentada uma escolha, pode se escolher entre ir e ficar, lutar ou ir embora, as pessoas que escolhem lutar pelo que acreditam são consideradas diferentes e são alvo de preconceito, mas encontram no final o que estavam procurando.

O desejo de constituir uma família está em cada um de nós, independente de raça, religião ou opção sexual, pois o importante é ter o direito de encontrar a paz e a segurança no final de nossas escolhas.

Formar uma família diferente como uma por um casal homoafetivo e sua prole é um desafio aos olhos da sociedade, enfrentar o preconceito nos olhos de quem não compreende que a felicidade não discrimina ninguém.

Existem barreiras em aceitar que um casal de homossexuais possa criar um filho, adotado pela necessidade e pela vontade de ter uma família, de oferecer carinho e amor ao próximo.

Evoluindo junto com a sociedade, o direito encontra nessas novas relações um desafio em encontrar uma forma de tratamento para o que não foi normatizado.

Em decisões inéditas, tribunais de todo o país estão deferindo direitos a pessoas que antes viviam a margem da sociedade e que agora começam a exercer seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico.

Com base em princípios constitucionais e no desenvolvimento da cultura, crianças que não tinham um lar podem encontrá-lo em um ambiente saudável e carinhoso, onde são aguardadas por novos pais com os braços abertos.

Assim, a norma e o afeto são analisados em conjunto para propiciar a esta nova família os direitos que lhe são garantidos pela Lei Maior, deixando as possibilidades abertas para todos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS. **Carta de Princípios da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis**. Curitiba: ABGLT, 2006. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/cartaprinc.php>>. Acesso em 29 ago. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 674/2007**. Regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato. Brasília, Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7018/2010**. Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Brasília, Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=470695>>. Acesso em: 21 set. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposição REC-59/2003 PL-379/2003**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/pocket/eCamara/Prop_Detalhe.asp?id=131684>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 set. 2011.

BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 nov.

BRASIL. **Lei n. 4.655 de 2 de junho de 1965.** Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1965/4655.htm>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 set. 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.183.378 - RS (2010/0036663-8).** Apelação cível. Casamento homossexual. Habilitação. Ausência de possibilidade jurídica do pedido. Entidade Familiar. Não caracterização. Inteligência dos arts. 226, § 3º, Da constituição federal e 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 do código Civil que tipificam a realização do casamento somente Entre homem e mulher. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: em: 12 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Termo de audiência de justificação.** <<http://s.conjur.com.br/dl/casamento-homossexual.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 889.852 - RS (2006/0209137-4).** Direito civil. Família. Adoção de menores por casal. Homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos. Entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do estatuto da criança e do adolescente. Deferimento da medida. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&s equencial=9823377&num_registro=200602091374&data=20100810&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 21 out. 2011.

COSTA, Wellington Soares da. Uniões homossexuais e possibilidades de analogia com uniões estáveis. **Revista Crítica de Ciências Sociais y Jurídicas.** v. 24, n. 4,

p. 1-26, 2009. Disponível em:
<<http://www.ucm.es/info/nomadas/24/wsoaresdacosta.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito a um lar**. Disponível em:
<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_a_um_lar.pdf
>. Acesso em: 01 set. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Será Deus homofóbico**. Disponível em:
<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ser%E1_deus_homof%F3bico.pdf>.
Acesso em: 13 jun. 2011.

DINIZ, Maria Aparecida Silva Matias. **Adoção por pares homoafetivos: uma tendência da nova família brasileira**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=472>>. Acesso em 21 set. 2011.

FARIAS, Mariana O.; MAIA, Ana Claudia, B. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. 22. ed. Curitiba, 2009.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2001.

FIGUEIREDO, Simone D. C.; SA, Renato M. de. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção, doutrina e prática: com comentários a nova Lei de Adoção: Lei 12.010/09**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. v. 7, n. 9, dez. p. 379-397, 2006. Disponível em:
<<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>.
Acesso em: 23 ago. 2011.

GUIMARÃES, Rachel Ghisi. **Fatores da morosidade dos processos de adoção no Brasil**. 83 p. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso - (Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarões, 2008. Disponível em:
<http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Rachel_Ghisi_Guimar_es.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

HOMOSSEXUALIDADE. Disponível em:
<<http://homossexualidade.sites.uol.com.br/homo.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. A adoção e seus aspectos. **JurisWay**. 2007. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128>. Acesso em: 01 set. 2011.

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

SOUZA, Claudécy de. **Homossexualidade**. Disponível em:
<<http://www.pailegal.net/ser-pai/433>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

TEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=ado%E7%E3o+irrevogabilidade&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=0>. Acesso em: 30 set. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WIKIPÉDIA. **Homossexualidade e religião**. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_e_religi%C3%A3o>. Acesso em: 28 set. 2011.

WIKIPÉDIA. **Homossexualidade**. Disponível em:
<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>. Acesso em: 30 set. 2011.