



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
BACHARELADO EM DIREITO

ARLÉA RIBEIRO BARRIGIO

ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Juiz de Fora – MG

2011

ARLÉA RIBEIRO BARRIGIO

ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa Me. Joseane Pepino de Oliveira.

Juiz de Fora – MG

2011

ARLÉA RIBEIRO BARRIGIO

ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

JOSEANE PEPINO DE OLIVEIRA
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

MARIA AMÉLIA DA COSTA
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

CARMEM LÚCIA MACHADO
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em 18/06/2011

AGRADECIMENTOS

De forma mais que especial, agradeço aos amigos: Adélia, Jardel, Welington, Camila e Manoel, que sempre estiveram a meu lado ajudando, apoiando e incentivando. Muito obrigada pela amizade, companheirismo e por terem tornado esses anos de faculdade mais fáceis e divertidos.

Agradeço aos amigos, Leonardo Fidélis e Rosita que fizeram parte desta luta diária, mas que por alguma intervenção do destino acabaram por ter que priorizar outras metas em suas vidas.

Aos meus pais, Arlindo e Maria de Lourdes, e às minhas irmãs, Arlete e Arlene, pelo incentivo, compreensão e apoio incondicional.

Aos amigos da Unimed, de forma especial à Simone e ao Julio Cesar pela ajuda e compreensão, sem dúvida contribuíram em muito para a conclusão deste trabalho e obtenção desse êxito.

Ao Anderson, pela paciência, compreensão e carinho dispensados, principalmente, nas últimas semanas.

Ao Daniel, pela amizade, cumplicidade e pelos momentos de descontração.

À professora Joseane, que através de um voto de confiança aceitou a empreitada de me orientar.

Agradeço imensamente a todos os que me ajudaram direta ou indiretamente para a conclusão deste trabalho.

Por fim, a Deus. Pela vida, pelas pessoas que fazem parte dela, por Seu amor, proteção e pelas oportunidades que Ele abre em meu caminho.

RESUMO

O presente trabalho defende a adoção por famílias homoafetivas, visando demonstrar a importância de alguns princípios constitucionais na esfera da adoção, em especial o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente somente era permitida a adoção por um do casal homoafetivo e o Código Civil proibia a realização da adoção por duas pessoas, ressalvando o direito da entidade familiar composto de marido e mulher casados ou em união estável. Porém recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva equiparando-a a união estável, permitindo assim ao casal homoafetivo o direito à adoção. A família brasileira, devido à grande influência da Igreja Católica, sempre teve como pilar o casamento entre homem e mulher, porém com a evolução da família brasileira passou-se a reconhecer como entidade familiar às famílias monoparentais, a união estável entre homem e mulher e, agora também há o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo. Por fim, seguindo a Constituição Federal, onde prega que todos são iguais sem distinção de sexo, cor, religião e o entendimento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva equiparando-a a união estável, o direito a adoção não poderá ser cerceado devido à opção sexual daqueles que pretendem adotar, pois a adoção deve estar baseada no princípio do melhor interesse do menor, verificando que a adoção por homoafetivos pode cumprir essa finalidade.

Palavras chave: adoção, homoafetividade

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	6
2- O INSTITUTO DA ADOÇÃO	8
2.1 Histórico do instituto da adoção	8
2.1.1 Na antiguidade	8
2.1.2 Na Idade Média	10
2.1.3 Na Idade Moderna	10
2.2 Evolução legislativa brasileira.....	11
3- BREVE EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR	19
3.1 Histórico da entidade familiar	19
3.2 Evolução do conceito de família	21
3.3 A união estável entre casais homoafetivos e o posicionamento do direito	22
4- ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS	26
4.1 Princípios constitucionais predominantes	26
4.1.1 Da igualdade	27
4.1.2 Da dignidade da pessoa humana.....	28
4.2 Princípio do melhor interesse do menor	29
4.3 Lacunas no direito brasileiro	33
4.4 Perspectivas para o avanço da legislação	34
4.4.1 Decisões de vanguarda nos Tribunais Nacionais	35
4.4.2 Jurisprudências	36
CONCLUSÃO.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	42

1- INTRODUÇÃO

O trabalho a ser apresentado irá tratar de um assunto polêmico, tanto que tem gerado grande repercussão no mundo social e jurídico.

O tema tem sua relevância em razão da evolução sócio-jurídica e, por consequência, das entidades familiares, evolução esta que o Direito não pode ignorar, principalmente no campo do Direito das Famílias, como ensina a Desembargadora Maria Berenice Dias.

Essa pesquisa tem como objetivo tratar de forma clara e simples os aspectos sobre a adoção homoafetiva com embasamento nos princípios constitucionais, bem como defender essa modalidade de adoção como direito fundamental de qualquer pessoa, inclusive dos pares homoafetivos baseando-se nos princípios do melhor interesse do menor, da igualdade, da liberdade e da não discriminação.

O estudo está dividido em três capítulos. Para iniciar esse trabalho, o primeiro capítulo, mostra o instituto da adoção com seu passado histórico, e também a evolução legislativa brasileira.

Já no segundo, é realizado um breve histórico e a evolução da entidade familiar, e mostra também a união estável entre casais homoafetivos e o posicionamento do direito.

Para finalizar, o terceiro capítulo, tem como conteúdo textual a adoção por pares homoafetivos. Podem ser observados os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, bem como o princípio do melhor interesse do menor e sua interpretação em face da Constituição Federal. Eis que é a partir desses princípios que se tem a possibilidade de se extrair os valores da ordem jurídica nacional no tocante a questão da adoção. Também, serão feitas referências às lacunas existentes no direito brasileiro, bem como as perspectivas para o avanço da legislação. Esse capítulo traz ainda, as decisões de vanguarda nos tribunais brasileiros e algumas jurisprudências.

Como é de se observar encontra-se na legislação brasileira uma lacuna sobre o assunto. Juridicamente, não existe lei pertinente que proíba a adoção por pares homoafetivos, entretanto, não há uma que regularize de maneira explícita. Portanto, é moderno e pertinente o questionamento proposto, tendo como tema essa modalidade de adoção.

Ainda que o assunto seja um tabu para os mais conservadores, é fundamental buscar uma resposta a tais questões, principalmente, se forem consideradas as inúmeras crianças a serem beneficiadas caso seja admissível à adoção por pessoas que expressem sua sexualidade de forma diferente da convencional.

2- O INSTITUTO DA ADOÇÃO

2.1 Histórico do instituto da adoção

2.1.1 Na antiguidade

Segundo Arnold Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, “A adoção surgiu historicamente atendendo a imperativos de ordem religiosa. [...] Somente o culto dos mortos, que encontramos em todas as religiões primitivas, explica a expansão do instituto da adoção e o papel que desempenhou no mundo antigo¹.”

Na Grécia e Roma a adoção atendia a estes anseios religiosos, pois estas civilizações acreditavam que os vivos eram protegidos pelos mortos. Havia a crença de que os mortos dependiam de ritos fúnebres de seus descendentes para terem tranquilidade na vida após a morte.

De maneira que, as famílias sem filhos encontravam na adoção uma forma de transmitir a sua crença, o seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer os ritos fúnebres e, principalmente, uma solução para que a família não se extinguisse. Sendo que só era permitida a quem não tivesse filhos.

Percebe-se que, essa adoção não tinha nenhum interesse ou finalidade no bem-estar do adotando, como também não havia preocupação com os laços afetivos, visava apenas os interesses do adotante.

Sílvio de Salvo Venosa relata que

duas eram as modalidades de adoção no Direito Romano: a *adoptio* e a *adrogatio*. A *adoptio* consistia na adoção de um *sui iuris*, uma pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um *pater familias*, que abandonava publicamente o culto doméstico originário para assumir o culto do adotante, tornando-se seu herdeiro. A *adrogatio*, modalidade mais antiga, pertencente ao Direito Público, exigia formas solenes que modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia não só o próprio adotando, mas também sua família, filhos e mulher, não sendo permitida ao estrangeiro. Somente podia ser formalizada após aprovação pelos pontífices e em virtude de decisão perante os comícios (*populi auctoritate*). Havia interesse do Estado na adoção porque a ausência de continuador do culto doméstico poderia redundar na extinção de uma família². (grifo do autor)

¹ Direito civil: direito de família. 17. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5. p. 315-316.

² PETIT, Eugene. Apud VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p. 276.

Foi em Roma que a adoção mais se desenvolveu e, no entanto, onde mais foi utilizada. Atingindo, além da perpetuação do culto doméstico e da continuidade da família, tinha também a finalidade política, permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa.

Conforme Arnold Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, “a Bíblia, o Código de Hamurabi e as Leis de Manu já se referem à adoção, que também foi objeto de legislação nas cidades gregas³.”

A Bíblia traz em seu texto indicações da existência da adoção entre os hebreus, relata que podiam adotar tanto o pai como a mãe e a adoção só se dava entre os parentes e que a mulher estéril poderia adotar os filhos que sua serva tivesse com seu marido.

A primeira codificação jurídica referente à adoção a ser considerada foi feita pelo Código de Hamurabi. Apresentava 282 (duzentos e oitenta e dois) dispositivos que traziam uma visão da sociedade da época, classes sociais, profissões, situação da mulher, crimes que eram cometidos e sendo 09 (nove) deles referentes à adoção.

Na época de Justiniano, segundo Sílvio de Salvo Venosa

“surgiram duas formas de *adoptio*: *adoptio plena*, realizada entre parentes, e *adoptio minus plena*, realizada entre estranhos. Em ambos os casos, o adotado conservava os direitos sucessórios da família natural. [...] Essa modalidade não gerava a *patria potestas*, facultando-se, assim, a adoção pelas mulheres⁴.” (grifo do autor)

No Direito Romano a sucessão tinha efeito inerente à adoção e no direito português dependia de autorização do príncipe para que fosse aberta uma exceção na lei. Este último era um título de filiação que servia para pedir alimentos e ter outras distinções, apenas por graça do príncipe que o adotado poderia ter todas as consequências que existiam no Direito Romano.

Na quase totalidade das civilizações antigas a finalidade da adoção era de cunho religioso, visando garantir a continuidade do culto doméstico e evitar a extinção da família.

³ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Direito civil: direito de família. 17. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5. p. 316.

⁴ CHAMOUN, Ebert. Apud VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p. 277.

2.1.2 Na Idade Média

Segundo Carlos Roberto Gonçalves a adoção “na Idade Média, caiu em desuso, sendo ignorada pelo direito canônico, tendo em vista que a família cristã repousa no sacramento do matrimônio⁵.” Os ensinamentos do cristianismo afastaram o temor que existia no homem de morrer sem deixar descendência que praticasse os ritos fúnebres, condenando-o ao sofrimento eterno.

Nesse período o adotado não herdava o título da família adotiva, pois os títulos se transmitiam *jure sanguinis* e em virtude de concessão real, sendo necessário o consentimento do príncipe para que o adotante pudesse transmitir o seu título. No século XVI sequer se conferia ao adotado o direito de suceder ao adotante.

Os germanos praticavam a adoção como meio de perpetuar o chefe da família, sendo que a adoção conferia ao adotado o nome, as armas e o poder público do adotante. Porém, o adotado não herdava os bens do pai adotivo e só podia lhe suceder se por ato de última vontade ou doação entre vivos.

Os francos seguiam o Direito Romano, a adoção era feita em cerimônia solene, com a presença do povo, com isso o adotando passava a herdar os bens do pai adotivo e tinha como requisito ser o adotante do sexo masculino e não ter filhos.

Semelhante aos povos germanos e francos, vigorou no direito hispano-português, o instituto denominado *perfiliatio*, semelhante à adoção.

Com o nome de perfilhamento, no direito português, feito por documento privado, escrito e ser confirmado pelo príncipe, praticava-se a adoção com a finalidade de conceder ao perfilhado a condição de herdeiro.

2.1.3 Na Idade Moderna

Foi no Código promulgado por Christian V, na Dinamarca (1.683), que se encontrou referência ao instituto da adoção.

Em 1.756 surgiu na Alemanha o projeto do Código Prussiano, conhecido como Código de Frederico, e no *Codex Maximilianus* da Bavária que eram indispensáveis o contrato ser por escrito e submetido à apreciação do tribunal. Nessas leis houve o primeiro

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6. p. 378-379.

relato de que a adoção deveria apresentar vantagem para o adotado, no qual incluía direitos sucessórios e caráter de irrevogabilidade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves a adoção “foi retirada do esquecimento pelo Código de Napoleão de 1.804, tendo-se irradiado para quase todas as legislações modernas⁶.”

Foi ampliada em lei francesa em 1.923, sendo fixada em 1.939 a legitimação adotiva com maior amplitude e aproximando o adotado da filiação legítima.

A adoção foi admitida em quase todas as legislações modernas, tendo maior amplitude em umas e menor em outras. Porém, sempre visando um sentimento humanitário e, principalmente, o bem-estar e o interesse do menor.

2.2 Evolução legislativa brasileira

No Brasil, um longo caminho foi percorrido até a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional de Adoção em matéria de adoção e direitos dos filhos adotivos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “no Brasil, o direito pré-codificado, embora não tivesse sistematizado o instituto da adoção, fazia-lhe, no entanto, especialmente as Ordenações Filipinas, numerosas referências, permitindo, assim, a sua utilização⁷.” Os juízes supriam a falta de regulamentação com o direito romano.

a) Lei nº. 3.071/16 - Código Civil de 1.916

Com a entrada em vigor da Lei nº. 3.071 de 1.916 (Código Civil Brasileiro), a adoção foi sistematizada em 11 (onze) artigos (368 a 378) na Parte Especial, Livro I (Do Direito de Família), Título V (Das Relações de Parentesco), Capítulo V (Da Adoção).

Nesta época, a adoção não era considerada uma maneira de constituir família, mas sim um meio de casais que não pudessem ter filhos os terem.

Havia diversas características e requisitos para que a adoção fosse deferida, algumas foram mantidas e outras revogadas dada a sua ineficácia e desuso com a evolução de nossa sociedade. Em seus artigos 368 e 369 o legislador já desestimulava a adoção, pois era imposto

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6. p. 378-379.

⁷ Idem. p. 379.

que o adotante tivesse mais de 50 (cinquenta) anos e não tivesse filhos biológicos e que houvesse uma diferença de 18 (dezoito) anos entre adotante e adotando. Era feita por meio de escritura pública, conforme artigo 375.

Pelo art. 378, percebia-se que independente de o pátrio poder, hoje poder familiar, ser transferido ao adotante, ainda assim os direitos e deveres do adotado para com a família natural se mantinham. Com isso, se o adotante não tivesse filhos naturais o adotado recebia a herança de ambos, porém se o pai natural fosse vivo, em caso de morte do adotado, o pai adotivo não tinha direito a herança deste. Esse tipo de situação deu origem à “adoção simulada” ou “adoção à brasileira”, uma prática ilegal que os adotantes insatisfeitos encontraram para não ter que partilhar o filho adotivo com a família natural, esses casais passaram a registrar filho alheio como se fosse filho biológico. Conforme Carlos Roberto Gonçalves menciona, a expressão “adoção simulada ou à brasileira”⁸ é criação da jurisprudência, que foi originada no Supremo Tribunal Federal (STF).

Poderia ser revogada por vontade do adotado quando este se tornasse capaz e, também, dissolvida em casos que se admitia a deserção, ou seja, se o adotado praticasse atos que a justificasse.

b) Lei nº. 3.133/57

Esta lei tem sua importância no instituto da adoção, pois alterou algumas regras do Código Civil de 1.916, demonstrando timidamente que o legislador tinha intenções de incentivar a prática de adoção. Alterações estas, redução na idade mínima de 50 (cinquenta) para 30 (trinta) anos de idade, que era considerada a maior barreira para a adoção, eliminação da exigência de o adotante não ter filhos, redução da diferença de idade que era de 18 (dezoito) e passou, após a lei, para 16 (dezesesseis) anos, inovou com a possibilidade de o adotado poder usar somente o sobrenome dos pais adotivos, excluindo o dos pais biológicos e, principalmente, excluiu a regra que determinava a não produção de efeitos sucessórios se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.

Em contra partida, não admitia que alguém fosse adotado por duas pessoas a menos que se tratasse de marido e mulher e, também, estabeleceu que os casais só poderiam adotar depois de 05 (cinco) anos de casados, uma maneira para o legislador de evitar adoções

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6. p. 381.

precipitadas. Dessa maneira, o solteiro com mais de 30 (trinta) anos estava habilitado a adotar sem ter que esperar os 05 (cinco) anos.

O parentesco resultante da adoção não se estendia aos parentes do adotante, salvo os impedimentos matrimoniais.

Ainda admitia a revogação da adoção por acordo entre as partes ou havendo motivo que justificasse a deserção.

Para Sílvio de Salvo Venosa esta Lei “representa um divisor de águas na legislação e na filosofia da adoção no Direito pátrio⁹.”

c) Lei nº. 4.655/65

Trouxe importante novidade ao instituto da adoção com a criação da “legitimação adotiva” como forma de proteger o menor abandonado desligando-o da família natural mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no Registro Civil.

Havia dispensa do prazo de 05 (cinco) anos, através de perícia médica, para casais com esterilidade comprovada de um dos cônjuges, era permitido aos cônjuges desquitados requererem a legitimação, se a guarda tivesse começado na constância do matrimônio, desde que estivessem combinados sobre a guarda, pensões e visitas, houve equiparação dos direitos e deveres dos filhos legitimados adotivos aos filhos legítimos superveniente à adoção. Contudo, excluiu da sucessão o filho legitimado adotivo, se este concorresse com filho legítimo.

Seu artigo 9º, § 2º, versava sobre o rompimento da relação de parentesco com a família natural, sendo que o vínculo de parentesco se estendia aos ascendentes dos legitimantes, se os mesmos aderissem à adoção. Sendo ainda possível, além de acrescentar os apelidos de família como na lei anterior, era facultado aos pais adotivos escolher o prenome do menor. A partir da legitimação adotiva a adoção passa a ser conferida em caráter irrevogável.

d) Lei nº. 6.697/79 – Código de Menores

Revogou a Lei nº. 4.655/65 que criou a legitimação adotiva, substituindo-a pela adoção plena visando à integração da criança ou adolescente adotado na família adotiva.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6. p. 282.

Admitiu a adoção simples regulada pelo Código Civil. Este Código só se aplicava aos menores até dezoito anos em situação irregular, que é segundo o legislador:

Art. 2º. Para efeitos deste código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-los;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Para os maiores de 18 (dezoito) anos, também em situação irregular, aplicava-se as disposições do Código Civil relativas à adoção.

Através do Código de Menores autorizou-se a mudança dos apelidos de família, assim como a averbação no registro de nascimento de modo a apagar o parentesco anterior. A adoção plena cortava todos os laços com a família biológica e o adotando entrava para família do adotante como se fosse filho de sangue. Esta adoção era irrevogável e a sucessão passou a ser garantida ao filho adotivo.

Esta lei foi a primeira a abordar o assunto referente à adoção por estrangeiros.

e) Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988

A Constituição Federal de 1988 igualou os direitos do filho adotivo aos dos filhos biológicos por meio do art. 227, § 6º, estabelecendo que: “Os filhos, havidos ou não na relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas

quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, eliminando qualquer dúvida ou controvérsia referente ao assunto.

Ao igualar os filhos biológicos e os filhos adotivos, a Constituição Federal tornou inaplicável as disposições do Código Civil de 1.916. Pois, este fazia grande distinção entre um e outro. Permanecendo em vigor apenas os dispositivos relacionados à adoção direcionada aos maiores de 18 (dezoito) anos.

f) Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

O instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se nos artigos 39 ao 52.

Tem-se que mencionar a grande interferência do ECA sobre o Código Civil de 1.916, isso fez com que houvesse a anulação de alguns dispositivos que eram incompatíveis, bem como na releitura de outros.

Antes da Lei nº. 8.069/90, existiam dois tipos de adoção para menores, a adoção simples e a adoção plena. Com a chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente, só existe uma forma de adoção, prevista nos artigos 39 e seguintes do ECA, ou seja, a adoção plena para os menores de 18 (dezoito) anos. Por outro lado à adoção simples, prevista no Código Civil, segundo Fábio Ulhoa Coelho relata “sendo maior de 18 anos o adotado, a adoção dependerá de assistência efetiva do Poder Público e de sentença judicial, aplicando-se subsidiariamente o ECA (CC, art. 1.619)¹⁰.”

Duas espécies legais de adoção passou a ser diferenciada. A primeira, adoção civil, regulada pelo Código Civil de 1.916 e também chamada de restrita, pois não integrava o menor totalmente na família do adotante, ficando o menor ligado à família natural. E, a adoção estatutária que era prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 (dezoito) anos, sendo chamada também de adoção plena, pois promovia a integração total do adotado na família do adotante.

O Estatuto prevê que o adotado será totalmente desligado da família biológica, exceto nos impedimentos matrimoniais (art. 41). Desta maneira, o adotado ocupa a mesma posição conferida ao descendente biológico, tendo os mesmos direitos.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 5. p. 179.

Exige-se que o adotante seja maior de 18 (dezoito) anos, de modo que possa exercer a autoridade parental e, também, que o mesmo tenha pelo menos 16 (dezesesseis) anos a mais que o adotando.

De forma conjunta ou isolada é facultada a adoção, pelo ECA, tanto ao homem quanto a mulher, não sendo necessário que sejam casados, uma vez que os companheiros foram contemplados de forma igual.

Para a formalização da adoção existe a necessidade da instauração do processo judicial onde o interessado estará presente perante o juiz. Além disso, o juízo competente para conhecer do referido procedimento, com exclusividade, é o da Vara da Infância e Juventude, independente da situação jurídica do menor, conforme art. 148, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Consequentemente, a sentença judicial é de natureza constitutiva.

Assim, fala-se apenas em adoção plena que crie laços de paternidade e filiação. A adoção deixa de ser um ato de “caridade”, remédio para esterilidade, conforto para a solidão ou qualquer que fosse os interesses dos adotantes. Passando a ter a real pretensão de introduzir o menor em ambiente familiar e que lhe proporcione efetivo benefício.

A adoção, com a promulgação do ECA, passou a enfocar prioritariamente o interesse da criança e do adolescente, de maneira que o deferimento estaria ligado a comprovação da vantagem para o adotando (art. 43).

g) Lei nº. 10.406/02 – Novo Código Civil

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, o Código Civil de 1.916 foi totalmente revogado prevalecendo para as pessoas que foram adotadas nos termos do Código anterior às disposições do novo.

No entanto, o mesmo não fez com relação à adoção tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo fato de o mesmo se tratar de lei especial editada com a finalidade essencial de disciplinar a proteção integral da criança até 12 (doze) anos e do adolescente entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos.

Conforme relata Fábio Ulhoa Coelho

quando o Código Civil entrou em vigor, em 2003, contemplava disposições sobre a adoção não inteiramente compatíveis com as do ECA, dando ensejo a dúvidas sobre a vigência desse estatuto. A doutrina concluiu, na

oportunidade, que o Código Civil, por conter normas de caráter geral, não havia revogado o ECA, lei especial para a infância e adolescência¹¹”

No entanto, o Código Civil de 2.002 trouxe pouca novidade em matéria de adoção, pois seu objetivo é disciplinar o instituto de forma global, com a finalidade de ser uma lei geral. Dessa maneira, os princípios norteadores da adoção continuam sendo regulados pelo ECA, bem como a aplicação da legislação estatutária em tudo que não conflita com a atual legislação civil.

Verifica-se que, em princípio, o Código Civil vigente não alterou a estrutura e a filosofia do ECA, seus instrumentos procedimentais e sua competência. Assim, é mantida a atribuição dos juizados da infância e da juventude para a concessão de adoção de menores, tendo, portanto, que compatibilizar os dois diplomas.

A adoção está prevista nos artigos 1.618 a 1.629 do Código Civil de 2.002. Estabelece o Código em seu artigo 1.623, parágrafo único, que dependerá, igualmente, da assistência do Poder Público e de sentença constitutiva a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos.

Observa-se que o artigo 1.626 do atual Código Civil repete o conteúdo do artigo 41 do ECA em que mostra que o adotado tem situação de filho e é desligado de qualquer vínculo com a família biológica, exceto quanto ao impedimento para o matrimônio.

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Tanto no Estatuto quanto no Código Civil de 2.002, a adoção deve ser decretada apenas quando constituir efetivo benefício para o adotando. Da mesma forma do Estatuto, o Código em seu artigo 1.622 defere a adoção conjunta, as pessoas casadas ou que vivam em união estável. Conserva a possibilidade de adoção conjunta para os divorciados ou os separados judicialmente, desde que na constância da sociedade conjugal tenha sido iniciado o estágio de convivência e, também, que haja o acordo entre as partes acerca da guarda e das visitas.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson; GRISARD FILHO, Waldyr. Apud COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 179.

A possibilidade do companheiro ou cônjuge adotar o filho do outro é mantida, segundo o artigo 1.626, parágrafo único.

A idade mínima, na lei, para adotar é de 18 (dezoito) anos e no caso de ser realizada uma adoção conjunta, depois de comprovada a estabilidade familiar, é suficiente que apenas um dos companheiros tenha 18 (dezoito) anos completos. Além disso, é preciso ter uma diferença de 16 (dezesseis) anos entre o adotado e o adotante.

Portanto, observa-se que não há incompatibilidade, sendo simples e harmoniosa as disposições do vigente Código Civil sobre adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, persistiu a inconveniência de existir dois diplomas legais tratando do mesmo assunto.

h) Lei nº. 12.010/09 – “Lei Nacional da Adoção”

A Lei nº. 12.010/09 já entrou em vigor introduzindo diversas alterações no ECA, revogando expressamente os artigos 1.620 a 1.629 e dando nova redação aos artigos 1.618, 1.619 e 1.734 todos do Código Civil. Também, acrescentou dois parágrafos à Lei nº. 8.560/92 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Essa lei estabeleceu prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, criou e implementou cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, de pessoas e casais habilitados à adoção e limitou em 02 (dois) anos o tempo máximo de permanência da criança ou adolescente em abrigos, porém em caso de necessidade esse prazo poderá ser prorrogado.

O instituto da adoção pela Lei Nacional da Adoção passou a compreender tanto a criança e o adolescente como, também, os maiores de 18 (dezoito) anos, exigindo em ambos os casos procedimento judicial. Pois, dada à importância e as consequências do instituto, a adoção passou a afetar não só adotante e adotado, mas também a terceiros, fazendo necessário um controle jurisdicional que ocorre através do preenchimento de alguns requisitos que são verificados em processo judicial próprio. Dessa forma, a adoção deixa de ser qualificada como estatutária e civil e passa a ser chamada apenas de adoção.

Apesar da entrada em vigor, as alterações e as adaptações feitas pela Lei nº. 12.010/09 no instituto da adoção, as normas que prevalecem são as do ECA.

3- BREVE EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

3.1 Histórico da entidade familiar

Inicialmente, apenas pelo casamento havia a possibilidade de se constituir a entidade familiar, o que quer dizer que o relacionamento matrimonializado era o único a ter reconhecimento jurídico.

Maria Berenice Dias descreve no artigo “A estatização do afeto” em seu site que,

Sob a justificativa de estabelecer padrões de moralidade e regulamentar a ordem social, o Estado solenizou os vínculos afetivos, transformando a família em uma instituição matrimonializada. As relações denominadas espúrias, adulterinas ou concubinárias nenhum direito possuíam. Os filhos havidos fora do casamento sempre foram alvo de enorme gama de pechas de conteúdo pejorativo e discriminatório. Seu destino era a invisibilidade, pois não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade¹².

Os tribunais foram levados a reconhecer a união estável entre homem e mulher devido às mudanças sociais e culturais. Pautando em vários fundamentos, o reconhecimento teve diferentes fases, conforme retrata a evolução jurisprudencial a respeito da convivência não matrimonial.

Nesse sentido, foram proferidas decisões permitindo a existência de uma sociedade de fato nesses relacionamentos, o que fez o STF criar a Súmula 380. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, essa Corte cristalizou a orientação jurisprudencial na Súmula 380, nestes termos: ‘Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum¹³.’ Esta entendeu que a mulher, que trabalhava fora do lar, contribuía diretamente na formação do patrimônio, portanto, os frutos da profissão acresciam aos bens da sociedade.

Com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, quando não se comprovava o esforço comum na construção do patrimônio ou quando não houvesse aquisição de bens na constância da relação extramatrimonial, a jurisprudência entendia que a mulher deveria ser indenizada pelos serviços prestados.

¹² DIAS, Maria Berenice. A estatização do afeto. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%EF%BC%9Do_afeto.pdf. Acesso em: 20.mai.2011.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6. p. 604.

Ao ser considerado como sociedade de fato, o concubinato era visto como gerador de relações de caráter obrigacional e não familiar, por esse motivo as ações eram ajuizadas nas Varas Cíveis e não nas de Família.

O legislador ordinário, posteriormente à promulgação da Constituição Federal, disciplinou a união estável editando a Lei nº. 8.971/94 (Companheiros), que fixou em 05 (cinco) anos como sendo o tempo para a caracterização do companheirismo, e a Lei nº. 9.278/96 (União estável), que não indicou lapso temporal, mas exigiu publicidade e continuidade de uma convivência duradoura. O primeiro diploma legislativo conferiu aos companheiros o direito a alimentos, o direito sucessório e o direito à meação, provada, neste último caso, a colaboração material ou moral. Já a Lei nº. 9.278/96 concedeu ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, vitalício ou até constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Ao regular a união estável o Código Civil de 2.002 manteve os requisitos estabelecidos pela Lei nº. 9.278/96. E, ainda, atendeu a prerrogativa constitucional de que a união estável poderia ser convertida em casamento.

Carlos Roberto Gonçalves relata que

O Código Civil de 1.916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento. [...] ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência¹⁴.

Além da família formada através da união estável, as famílias monoparentais também foram contempladas pela Constituição Federal de 1.988 no § 4º, do art. 226, em que foi dado *status* de entidade familiar.

Na nova perspectiva do direito civil e constitucional, a família formada pelo matrimônio deixa de ser o eixo do sistema o que levou ao desaparecimento da clássica relação entre o casamento e a legitimidade dos filhos, o que expande o horizonte jurídico em favor do reconhecimento de descendentes.

O texto constitucional determina que todos os filhos tenham o mesmo direito e qualificações, não importando se são frutos de uma relação matrimonial ou não, ou mesmo

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6. p. 32.

adotados. Pode-se dizer que a adoção melhor reflete esse novo espelho jurídico da família socioafetiva, devido à filiação adotiva ser construída essencialmente no amor.

Para fazer incidir a tutela jurídica sobre a família como um grupo social deve ser observado os princípios fundamentais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para finalizar, a família pode ser formada a partir de várias espécies de entidades, como por exemplo, a entidade constituída pelo casamento, pela união estável ou pela relação monoparental.

3.2 Evolução do conceito de família

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, houve uma evolução no modelo jurídico do Direito de Família. A Lei Maior fez referência ao casamento, à união estável e a comunidade monoparental como entidades familiares. Também, as entidades que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade têm proteção constitucional baseados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Segundo Maria Berenice Dias

O retrato da família não é mais a foto de um casamento. Muitos fatores levaram ao esgarçamento do seu conceito. Passou-se a falar em entidade familiar e não em família matrimonializada. O distanciamento entre Estado e igreja, fenômeno que adotou o nome de laicização, subtraiu do matrimônio a aréola de sacralidade. Também o movimento feminista tirou o véu de pureza que a virgindade envolvia a mulher. O avançar dos direitos humanos colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior. Com todos estes ingredientes, a sociedade mudou de feição produzindo eco nas estruturas de convívio. Daí falar-se em direito das famílias como forma de albergar no conceito de entidade familiar todas as conformações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço da afetividade¹⁵.

Hoje em dia a família não é mais constituída unicamente pelo modelo homem-mulher formada através do casamento como regulava o Código Civil de 1.916, sendo que a entidade é familiar plural e tem várias formas de constituição. A tradição e a sociedade mudaram, com isso passou-se a aceitar a possibilidade da existência de divórcios, união estável, família

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Família pluriparental, uma nova realidade. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf. Acesso em: 20.mai.2011.

monoparental, todas essas mudanças no modelo familiar foram refletidas no texto constitucional. Então, após essas mudanças a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

A sociedade cada vez mais globalizada pressupôs e definiu uma modalidade de família bastante distante das civilizações do passado. Como pode-se observar a família sofre influências diretas com as mudanças socioculturais e econômicas, que atingem sua estrutura e dinâmica.

Com a quebra da ideologia patriarcal e hierarquizada, os papéis tradicionais masculino e feminino têm tido suas funções expandidas, havendo um processo de reestruturação e adaptação dos casais à nova realidade. Essas mudanças nos papéis de gênero reproduzem nas relações interpessoais, bem como favorecem o reconhecimento social das famílias alternativas, especialmente nas formadas por casais de gays e lésbicas.

O Poder Judiciário vem acompanhando a evolução da sociedade, um exemplo é o reconhecimento dos vínculos homoafetivos. Foi no ano de 2.001, pela primeira vez no Brasil, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu como entidade familiar o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Verifica-se que no momento em que o Judiciário passa a emprestar juridicidade às relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo, a sociedade começa a respeitá-las.

Nas famílias homoafetivas, o problema aumenta quando é inserida a figura dos filhos. Esses tanto podem ser filhos naturais como adotivos, ainda deve se registrar que a legislação infraconstitucional em vigor não contempla a adoção por casal homossexual.

No momento em que o assunto é a adoção, a sociedade questiona se tais casais, em virtude da orientação sexual, têm condições de educar essas crianças, ou se elas estariam melhores assistidas por entidades governamentais e não-governamentais. A discussão está em se descobrir se um novo modelo jurídico de parentalidade-filiação corresponderia aos princípios e normas do Direito de Família contemporâneo, ou seja, a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e do adolescente, a responsabilidade parental e a desbiologização dos vínculos paterno-materno-filiais.

3.3 A união estável entre casais homoafetivos e o posicionamento do direito

Tanto a Constituição Federal de 1.988 quanto o Código Civil de 2.002 silenciaram a respeito da união homoafetiva, isso representa a omissão do constituinte no que diz respeito

ao reconhecimento como entidade familiar. Portanto, a chamada sociedade homoafetiva não ganhou grau de proteção como entidade familiar, no real estágio legislativo e histórico brasileiro. Como se vê o ordenamento jurídico positivo brasileiro não regulou a união homoafetiva, mas também não a proibiu.

Ao contrário do Brasil, existem diversos países que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo, por isso reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar. A Holanda foi pioneira a autorizar o casamento de pessoas do mesmo sexo com os mesmos direitos que casais heterossexuais entre eles o direito a adoção, também liberada em vários outros países como Espanha, Inglaterra, Canadá, África do Sul e Nova Zelândia. Na Cidade do México e em alguns estados norte-americanos também permite-se a adoção por casais homoafetivos. Na América do Sul, a Argentina e o Uruguai legalizaram este tipo de adoção.

Para o ordenamento jurídico brasileiro a relação homoafetiva seria juridicamente um casamento, uma união estável, uma sociedade de fato, ou um "nada jurídico"?

As opiniões se dividem e não há unanimidade, não é casamento e nem um "nada jurídico". Então, alguns admitem que seja uma união estável, outros que é uma sociedade de fato, nos moldes que era considerado o concubinato antes da doutrina e legislação evoluírem e criar a figura jurídica da união estável.

Embora as uniões homoafetivas não disponham de um regime jurídico próprio não quer dizer que não tenham o direito, podendo ser aplicado aos casos concretos à analogia, os costumes e os princípios constitucionais como: da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica. No qual, os arts. 1.723 do Código Civil e 226, § 3º, da Constituição Federal que tratam do reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher serem interpretados conforme tais mecanismos citados acima.

Sabe-se que na legislação brasileira existe uma lacuna acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo, por essa razão a solução dada para essas uniões homoafetivas foi a de serem dirimidas pelos tribunais com base em recursos hermenêuticos e analógicos, fundamentando nos princípios constitucionais e em institutos com os quais a união homoafetiva pode identificar-se, tais como a sociedade de fato, o casamento e a união estável.

Deste modo, o conceito de união estável deve ser estendido às relações homossexuais tendo como base a noção constitucional de família e sendo fundamentado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, da liberdade e da igualdade.

Diversos autores têm dado seus entendimentos acerca do tema, como por exemplo, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que dizem, quando se trata

de proteger os companheiros, um em relação ao outro e também em face de terceiros, não existe, em nosso modo de ver, sombra de dúvida sobre a tutela jurídica equivalente à união estável entre um homem e uma mulher¹⁶.

Para Fábio Ulhoa Coelho deve-se aplicar o regime jurídico da união estável às uniões nascidas de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁷.

Com base nesses entendimentos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a Agência Nacional de Saúde (ANS), a Receita Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), são alguns exemplos de órgãos que têm reconhecido os direitos e propriamente a união desses casais como entidade familiar. Propiciando e garantindo aos mesmos, por analogia a artigos que tratam da união estável, certa condição de dignidade e igualdade.

Ao passo que o direito positivo brasileiro vai ignorando as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, fica a cargo da jurisprudência o dever de não deixá-los no desamparo. Porém, sabemos que é necessária uma lei para garantir o direito a todos.

Em relação ao reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa diz que

O jurista, o magistrado e o operador do Direito em geral devem dar uma resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa mesma sociedade no momento atual. [...] E quando a sociedade brasileira, na sua considerável maioria, aceitar amplos direitos aos conviventes homoafetivos, a jurisprudência dará sua resposta definitiva, como já enceta os passos iniciais, e o legislador a seguirá¹⁸.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu por unanimidade a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres prevista no art. 1.723 do Código Civil de 2.002. A união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, assim como os mesmos direitos assegurados a união estável de casais heterossexuais, que alguns órgãos já conferiam aos parceiros homossexuais.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6. p. 428.

Por ser recente, ainda não se pode falar que o reconhecimento da união estável resultará em uma permissão imediata para o casamento civil nem mesmo para a adoção. Porém, esta decisão abre uma oportunidade e viabiliza para que em um futuro próximo o mesmo aconteça com estes institutos.

No entanto, apesar de o Brasil ser um país laico, ou seja, suas leis não devem obedecer a nenhuma crença, há no sistema legislativo pátrio a presença de segmentos religiosos e conservadores que poderão dificultar o reconhecimento postergando os direitos de adoção e do casamento civil para esses casais. Caso isso ocorra, esses reconhecimentos poderão se dar da mesma forma que aconteceu com a união estável, mas sabe-se o quão demorado será se tiver de ser por esse meio.

De qualquer forma, como ver-se-á, o julgador não poderá se escusar de julgar essas demandas, ficando ao bom senso do mesmo, dos tribunais e do próprio STF que dêem rapidamente suas decisões e posicionamento. Como houve a equiparação à união estável, os mesmos direitos lhes foram assegurados, devendo usar dos mesmos artigos 1.622 do Código Civil no caso de adoção, 1.726 do mesmo código e art. 226, § 3º, da Constituição Federal no caso de conversão em casamento.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, **salvo** se forem marido e mulher, ou **se viverem em união estável**. (minha ênfase)

Art. 1.726. A **união estável poderá converter-se em casamento**, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. (minha ênfase)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável** entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**. (minha ênfase)

Importante salientar que, se a união estável de casais heterossexuais pode ser convertida em casamento, a de casais do mesmo sexo a partir de agora também poderá ser, do contrário o princípio constitucional da igualdade será ferido. Podendo ser convertida em casamento, não há que se vedar a estes casais à realização do casamento regulado no Livro IV, Título I, Subtítulo I – Do casamento, do Código Civil de 2.002.

4- ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

4.1 Princípios constitucionais predominantes

As transformações da sociedade devem ser normatizadas pelo direito, com o objetivo de harmonizar o ordenamento jurídico à realidade social. Como se observa, a legislação brasileira não disciplinou o direito de adoção por homossexuais. Todavia, o juiz, na ausência da lei, não pode se desobrigar de julgar, portanto, deverá utilizar da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito, como também devem ser consultadas as doutrinas e as jurisprudências.

Verifica-se no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no artigo 126 do Código de Processo Civil a preponderância da lei sobre os princípios e ainda a sua utilização como último elemento de integração, visto que a analogia e os costumes os preenchem.

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

A doutrina e a jurisprudência, atualmente, deram uma nova aparência aos princípios o que não lhes retira a função anterior. Segundo Paulo Bonavides “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista¹⁹.”

A primeira fase tem sua formação no século XVI, sendo chamada de jusnaturalista, esta buscava preencher as lacunas da lei com algo que não é inerente ao ordenamento jurídico positivo, visto que os princípios que os norteiam eram insuficientes, tendo necessidade de se socorrer do Direito Natural.

Depois, veio à fase positivista, os princípios ganham normatividade ao entrarem nos códigos como fonte normativa subsidiária ou, de certa forma, para garantir total eficácia das leis. Os seguidores dessa fase entendiam que o próprio ordenamento jurídico era bastante para preencher os vácuos normativos através dos princípios gerais que dele emana.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2002. p. 232.

A próxima fase teve origem devido ao movimento de transformação normativa dos princípios sendo chamada de pós-positivismo. Nessa fase, os princípios jurídicos deixam de possuir apenas a função integratória do direito, passando a conquista de *status* de normas jurídicas vinculantes. Essa terceira fase teve como característica a inserção dos princípios nas constituições, firmados como autênticos alicerces sobre os quais se erguem os novos sistemas jurídicos. A Constituição brasileira de 1.988 retrata esse fenômeno, elencando uma série de princípios sobre os quais se edifica todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Após a análise geral dos princípios cabe demonstrar os princípios constitucionais que defendem os supremos valores da família.

4.1.1 Da igualdade

O direito a igualdade está previsto logo no preâmbulo de nossa Lei Maior. De acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1.988 o princípio da igualdade dispõe que todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em harmonia com os objetivos protegidos pelo ordenamento jurídico. A igualdade ainda é contemplada na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O princípio da igualdade previsto na Constituição Federal apresenta-se em dois planos diferentes, ou seja, em uma parte, frente ao legislador ou ao executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diversos a pessoas que se encontram em situações iguais. De outra parte, na obrigatoriedade ao intérprete, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenças em razão da origem, raça, sexo, cor, idade, crença entre outras.

Segundo o que dispõe os artigos 227 da Constituição Federal e 4º da Lei nº. 8.069/90, cabe examinar se a adoção por homossexuais preencheria a função desses dispositivos, ou se os homossexuais devem permanecer excluídos do universo de titularidades que o próprio sistema tem por tarefa distribuir.

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

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Em relação à adoção realizada por casais homossexuais deverá ser desvendada se sua exclusão está baseada no perverso sistema de discriminação ou no simples fato de ser essa a providência que melhor atenderá o interesse da criança.

Com fundamento na Constituição Federal, embora se tenha afirmado que o ordenamento pátrio tenha sobreposto o interesse do menor aos demais interesses, não é menos correto afirmar o fato de as pessoas terem o direito de formar uma família garantido constitucionalmente, adicionando ao fato de que constitui um dos objetivos fundamentais da Carta Magna promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

O princípio constitucional da igualdade será violado no caso de ser vedado o direito de adoção ao homossexual em razão da sua opção sexual, uma vez que a Constituição Federal de 1.988 assegura o direito à igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual, apesar de não existir expressa referência à expressão “orientação sexual”.

Diante dos fatos mencionados, conclui-se que o legislador teve como objetivo conceder a igualdade, sem discriminação de orientação sexual, da forma que confira igualdade a liberdade de as pessoas adotarem não importando a opção sexual.

4.1.2 Da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana em sua concepção passou por um processo de racionalização e laicização, mas continuou com seu foco originário que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade.

O núcleo do sistema jurídico é o respeito à dignidade da pessoa humana, que tem como base os princípios da liberdade e da igualdade. O princípio da dignidade humana ocupa uma posição privilegiada no texto constitucional, uma vez que está previsto no inciso III, do artigo 1º, da Lei Maior.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Deve-se considerar, no princípio da dignidade da pessoa humana, o ser humano como sendo o centro do universo jurídico. Dessa afirmativa observa-se a existência de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que se refere à elaboração da regra de direito quanto em relação à sua aplicação. Além disso, a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir ao ser humano um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência.

A dignidade da pessoa humana deve significar que o ser humano deve ser tratado e considerado diferentemente das coisas.

A adoção de crianças por casais homoafetivos ainda não é garantida pela legislação brasileira, mas sabe-se que já existem sentenças a favor dessa causa. Contudo, essas decisões são baseadas em princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da dignidade humana.

4.2 Princípio do melhor interesse do menor

Foi aprovada no ano de 1.989 a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, esta representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir as crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários adotaram e incluíram em suas leis.

No Brasil a Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi ratificada através do Decreto nº. 99.710/90. A partir desse decreto o país incorporou, em caráter definitivo, o princípio do melhor interesse da criança no sistema jurídico brasileiro, e, sobretudo tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas referente ao assunto.

O princípio do melhor interesse da criança vigora no ordenamento jurídico brasileiro por força do § 2º, do artigo 5º, da Constituição da República e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do decreto já mencionado.

Diante da compreensão da criança e do adolescente como sujeitos de direito e de valorização jurídica do afeto na estrutura familiar, decorreu o princípio do melhor interesse,

segundo o qual o menor numa situação de fragilidade por conta do seu processo de formação e personalidade merece proteção especial. No qual o modelo de família de hoje está centrado na ideia de proteção.

A Constituição Federal de 1.988 prevê no *caput* do artigo 227 que:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente como já visto segue as orientações do artigo 227 da Carta Magna prestigiando em seu texto o vínculo familiar. Não privilegiando os laços biológicos, mas põe a salvo o direito da criança e do adolescente de serem criados e educados por uma família substituta.

Em conformidade com a Lei Maior, o ECA em seu artigo 3º, dispõe que:

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 dignidade.

O Código Civil em vigor acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. No artigo 1.583 que faz referência à guarda unilateral ou compartilhada, em seu § 2º, diz que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la.

Importante frisar que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não influencia quanto à guarda dos filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor.

Dessa forma, o que se verifica na questão do melhor interesse da criança é a capacidade que o titular da guarda tem em dedicar a criança amor, dedicação e prover-lhe os alimentos necessários, tais como comida, abrigo, vestuário e saúde.

A opção sexual do indivíduo não veda o seu potencial de prover a criança e o adolescente com recursos materiais e pessoais, incluindo os aspectos emocionais e morais.

Para Maria Berenice Dias

Impedir significativa parcela da população que mantém vínculos afetivos estéreis de realizar o sonho da filiação revela atitude punitiva, quase vingativa, como se *gays* e *lésbicas* não tivessem condições de desempenhar as funções inerentes ao poder familiar. Também acaba negando a milhões de crianças o direito de sair das ruas, de abandonar os abrigos onde estão depositadas, sonhando-lhes o direito a um lar e a chance de chamar alguém de pai ou de mãe²⁰. (Grifo do autor)

O que se deve verificar é se estão aptos a desempenharem o papel de pai ou mãe adotivos, de modo a possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças que venham a perfilhar. Isso em razão do princípio do melhor interesse da criança, a que o instituto da adoção visa atender.

A adoção por homossexuais, pode no entender de alguns não ser vista como uma situação ideal, pelo menos deve ser reconhecida como menos prejudicial do que a permanência do menor em instituições. Em um país como o Brasil esta é a solução que menos prejudica a personalidade do menor, pois o retira da marginalidade e da-lhe um ambiente familiar cercado de cuidados e afeto.

Os parâmetros que orientam as decisões em relação ao melhor interesse do menor estão ligados a valores culturais, permitindo uma maior flexibilização do entendimento conforme a evolução da sociedade.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não permitir expressamente a adoção por pares homoafetivos, quando um dos pais deixa o lar conjugal para viver uma relação homossexual, o direito protege essa relação paterno-materno-filial do parente homossexual.

Demonstrando que há valorização do vínculo socioafetivo nas relações paterno-filiais, isso em razão dos princípios e valores introduzidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que de certa forma com a evolução da sociedade estão indo em direção do reconhecimento da adoção por pares homossexuais.

Antes de chegar a qualquer conclusão em relação à adoção por casais homoafetivos, deve ser dito que o conflito entre os princípios do melhor interesse do menor e do direito a igualdade só surgirá se for comprovado que o desempenho da maternidade ou paternidade por homossexuais possa trazer malefícios ao adotando.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Adoção sem preconceito. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/11_-_ado%20sem_preconceito.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

Desta forma, conclui-se que o interesse da criança e do adolescente deve ser priorizado, quando em conflito com o de outras pessoas ou mesmo instituições, por desfrutar de uma condição particular de pessoas em desenvolvimento.

O fato de a maior parte dos juristas privilegiarem o princípio do melhor interesse do menor não faz com que sigam as mesmas ideias de como alcançar tal objetivo, podendo este obter êxito por saídas diferentes das convencionais. Com isso, reforça-se a ideia de que cada situação deverá ser avaliada concretamente.

Apesar de a Constituição Federal ter preferido à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, tendo por objetivo principal atender ao melhor interesse do menor, os juristas têm dificuldades em expor o significado da expressão “interesse do menor”.

A respeito da comum alegação de que a adoção por homossexuais poder causar distúrbios na identidade sexual do adotado, estudos realizados nessa área afastam a hipótese, pois uma pessoa não se torna homossexual e sim nasce homossexual. No entanto, é reconhecido que os filhos herdam muito da história de vida de seus pais.

A homossexualidade dos pais não determina a identidade de gênero e orientação sexual do menor. Se fossemos pensar desta forma que a sexualidade dos pais determinasse a dos filhos, não haveria hoje a classificação em hetero ou homossexuais, pois todos nós nascemos da relação entre um homem e uma mulher. A grande maioria teve o mesmo modelo de família, que para alguns é o considerado correto, mas ainda assim existem pessoas homossexuais. Além disso, os casais homossexuais têm por objetivo dar aos seus filhos uma representação real da diferença sexual.

Também para Maria Berenice Dias

Há uma realidade da qual não se pode fugir. Crianças vivem com parceiros do mesmo sexo, quer por serem concebidas de forma assistida, quer por serem filhos de somente um deles. Presente a convivência, a negativa de adoção veda a possibilidade do surgimento de um vínculo jurídico com ambos, o que, ao invés de benefícios, só acarreta prejuízos ao filho. Mesmo tendo dois pais ou duas mães, a vedação de cancelar dita situação serve tão-só para impedir, em caso de morte, a percepção de direitos sucessórios ou benefícios previdenciários. Se ocorrer a separação, não haverá direito a alimentos, não se podendo garantir o direito de visitas²¹.

²¹ DIAS, Maria Berenice. Amor não tem sexo. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/10_-_amor_n%C3o_tem_sex.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

Apesar de todo amadurecimento e esclarecimentos sobre a questão da adoção por homossexuais, existe a possibilidade do adotado sofrer discriminações e constrangimentos na sociedade. Contudo, o melhor interesse da criança e do adolescente será atendido com a colocação desses nas famílias socioafetivas do que a permanência em instituições.

Sabe-se que a convivência em um ambiente familiar permite que o menor desenvolva sua individualidade e cidadania, ao passo que na instituição lhe é dado um tratamento coletivo. E ainda, a assistência profissional por psicólogos ou assistentes sociais e o próprio amor da família farão com que seja superada essa dificuldade, que é apenas mais uma entre tantas outras que ocorreram e ocorrerão no decurso da vida e que, se trabalhadas corretamente e com o apoio da família, contribuirão para que o adotado se transforme em um adulto mais forte e preparado.

4.3 Lacunas no direito brasileiro

A legislação brasileira é omissa quanto ao assunto da adoção por pares homossexuais. Por esse motivo há a necessidade de os magistrados realizarem uma interpretação justa, humana e socialmente útil das leis, fazendo uso dos princípios e também do bom senso para assegurar o acesso à justiça.

A omissão legislativa ao acesso à justiça é o maior obstáculo para o efetivo exercício da cidadania para as chamadas minorias sexuais. Os membros do legislativo devem deixar de lado as suas motivações e influências pessoais por preconceitos ou por dogmas, para começarem a perceber a evolução da sociedade e com isso suas reais necessidades.

A doutrina brasileira apesar de relatar sobre as várias transformações ocorridas na estrutura jurídica familiar após a chegada da Constituição Federal de 1.988 e posteriores leis, não tem se manifestado firmemente acerca da adoção por casais homossexuais.

Apesar de haver uma conformidade doutrinária de que se deva priorizar o interesse do menor em relação aos demais interesses, a doutrina brasileira diverge em relação à adoção por homossexuais, uma vez que há alguns entendimentos no sentido de que a adoção seria prejudicial ao adotado. E, como já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro nada dispõe sobre a questão da adoção por pares homoafetivos.

A legislação brasileira não faz qualquer menção à orientação sexual do interessado em adotar, não lhe pergunta a sua opção sexual, razão pela qual qualquer pessoa pode adotar individualmente, desde que sejam preenchidos todos os requisitos. E, é devido a permissão da

adoção por pessoas solteiras que muitos casais optaram pela adoção individual, devido ao árduo caminho que tem que ser percorrido para que a adoção conjunta seja deferida.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse do menor que deveria ter supremacia aos demais e a qualquer circunstância, acaba por ser vencido pelo preconceito. Pois quando um casal elege um dos parceiros e decide pela adoção individual o menor fica desguardado em relação ao outro que também anuiu pela filiação.

A jurisprudência então começa a deferir pedidos de adoção individual feito por homossexual, ainda que este conviva com parceiro do mesmo sexo. É na ausência da legislação que os tribunais se vêem no dever de suprir essa lacuna, aplicando analogicamente as regras previstas a casais heterossexuais. Não há dúvida sobre a importância do pronunciamento legislativo para o preenchimento do espaço jurídico de valores para vincular o julgador. Porém, enquanto não exista lei que reconheça o direito à convivência familiar para casais homossexuais, caberá a jurisprudência a responsabilidade de impedir a inércia do legislador.

4.4 Perspectivas para o avanço da legislação

Há pouco tempo, o Poder Judiciário se mostrava silencioso e confuso a respeito do deferimento da adoção por pares homossexuais. No entanto, o interesse sobre o assunto da adoção começa a aparecer, uma vez que vem aumentando o número de homossexuais que ingressam no judiciário com o pedido de adoção.

A jurisprudência tem evoluído, tanto que existem várias decisões de tribunais reconhecendo o direito de adoção por parte de homossexuais, como também o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

É necessário ter em mente que o interesse da criança e do adolescente deve se sobrepor sempre a qualquer outro interesse. Com base nesse entendimento, alguns países proíbem a adoção por homossexuais, pois o direito de se ter uma criança não deve ultrapassar o direito do menor. Essa afirmativa não deve excluir os homossexuais do direito de adotar, uma vez que a adoção pode atender ao interesse da criança e do adolescente.

Com reconhecimento histórico e unânime, o Supremo Tribunal Federal (STF) ultrapassa uma barreira ao equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homem e mulher. Desta forma, não há nada que impeça o reconhecimento das

uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Portanto, não há que se vedar as adoções por estes casais.

4.4.1 Decisões de vanguarda nos Tribunais Nacionais

Inicialmente as questões relativas ao vínculo homoafetivo eram resolvidas nas Varas Cíveis e não nas Varas de Família. No ano de 1.999, a Justiça do Rio Grande do Sul fixou a competência das Varas de Família para julgar essas demandas.

Pelo medo de ser negado provimento, os homossexuais que adotavam individualmente uma criança escondiam sua opção sexual, por isso são poucas as jurisprudências acerca da adoção por homossexuais.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 31 de julho de 1.997, deferiu a guarda de uma criança a um homossexual – Apelação Cível nº. 35.466-0/7 – Câmara Especial.

A adoção por homossexuais começou a ser abertamente enfrentada pela Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na década de 90, quando o, hoje desembargador e na época, Juiz Siro Darlan de Oliveira, titular da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital, aprovou as primeiras adoções por homossexuais solteiros.

Pode-se dizer que a primeira abertura do Poder Judiciário brasileiro acerca da adoção por homossexuais, aconteceu em Catanduva – SP, quando o magistrado Dr. Júlio César Spoladore Domingos, reconheceu que dois homens entrassem para a fila de espera de pais adotivos em 2.004. O juiz e o representante do Ministério Público orientaram-se, dentre outros fundamentos para a aceitação do casal, pela Resolução nº. 01/99, do Conselho Federal de Psicologia em que veda qualquer ato discriminatório com relação à homossexualidade.

Foi na cidade de Bagé – RS que ocorreu o caso mais notório, o magistrado Dr. Marcos Danilo Edon Franco, possibilitando a constituição do vínculo legal de filiação através da adoção por duas mulheres, que já viviam juntas há mais de 08 (oito) anos, de dois menores, sendo que uma delas já havia adotado as duas crianças ainda bebês. Mesmo diante da posição contrária do representante do Ministério Público da comarca, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o recurso interposto pelo MP e manteve a sentença. Não satisfeito o Ministério Público interpôs recurso especial perante o STJ, e de forma corajosa e inovadora a 4ª Turma do STJ rejeitou o recurso reafirmando o entendimento já consolidado.

Recentemente na cidade de Boa Vista – RR, o juiz substituto Dr. Aluizio Ferreira e o representante do Ministério Público concederam o direito de adoção a um casal que entrou com processo de adoção, por meio da Defensoria Pública, de uma menina que lhes foi entregue pela mãe aos 09 (nove) meses de vida. O processo passou por todos os trâmites legais e terminou com a sentença de mérito.

4.4.2 Jurisprudências

A evolução da sociedade deve ser acompanhada pelo direito. Se a lei não acompanha o desenvolvimento social, não há como fazer que o direito a espere. Casos concretos surgem a todo momento e em todas as regiões do Brasil para serem julgados e a solução não pode ser baseada em opiniões preconceituosas e/ou em posturas individuais de julgadores, sejam de aceitação ou de discordância. No caso de lacuna na lei, o juiz deve guiar-se pelo art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, usando de analogia, de costumes e dos princípios gerais de direito.

Como se verifica, a jurisprudência surge antes da lei. Por esse motivo, é importante destacar algumas jurisprudências brasileiras a respeito da adoção por homossexuais.

TJRJ – Ementa: ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER.

O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato, pela emissão de Declaração de Idoneidade para a Adoção com parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, e apresenta reais vantagens para o Adotando, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e frequenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercitar o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. **JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO NA INICIAL.** 1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO RIO DE JANEIRO – PROCESSO Nº 97/1/03710-8/ JUIZ SIRO DARLAN DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 1998.

Neste pedido inicial a 1ª Vara de Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, o juiz Siro Darlan de Oliveira, acolheu o pedido considerando que o requerente reunia condições e

apresentava reais vantagens para o adotando. Inclusive neste caso foi dado parecer favorável pelo representante do MP.

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

Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. **DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.** (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009)

Nesta apelação cível ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator André Planella Villarinho, foi pelo provimento da habilitação à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, entendendo inexistir vedação legal expressa e por ser a adoção um mecanismo de proteção aos direitos do menor.

TJMT – Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL FORMADO POR PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

A omissão legal não significa inexistência de direito, tampouco quer dizer que as uniões homoafetivas não merecem a tutela jurídica adequada, inclusive no que tange ao direito de adotar, motivo pelo qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de adoção. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família, de modo que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana. Sendo possível conceder aos casais formados por pessoas do mesmo sexo tratamento igualitário ao conferido às uniões estáveis entre heterossexuais, não há que se falar em impossibilidade de adoção por casais homossexuais, ainda mais quando nem o ECA tampouco o Código Civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao

estado civil ou à orientação sexual do adotante. Assim, na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo referido Estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando. (TJMT, AC 78200/2009, 2ª C. Cív., Rel. Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas, j. 28/04/2010).

Nesta apelação cível ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso, a Desembargadora Maria Helena Gargaglione Povoas, foi pelo provimento da adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo, por entender que por haver omissão legal não significa a inexistência de direito. E, principalmente por se fundar em motivos legítimos e por apresentar reais vantagens ao adotando.

STJ – Ementa: DIREITO CIVIL. 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 da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 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 improvido.** (REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)

Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, no qual o relator Luís Felipe Salomão manteve a decisão do Juiz de Direito da Infância e da Juventude Marcos Danilo Edon Franco e do TJRS, que deferiram a adoção por entenderem que no caso seria o melhor para as crianças.

CONCLUSÃO

O trabalho em questão tratou da adoção por pares homoafetivos visando o princípio do melhor interesse do menor.

Como é de se observar casais formados por pessoas do mesmo sexo têm o direito de requerer na Justiça a adoção de uma criança. Acontece que o assunto é polêmico e tem aberto campo a vastas discussões dentro da sociedade e, especialmente, no meio jurídico.

Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Entretanto, o Código Civil estabelece que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se vivem em união estável.

A própria Constituição Federal reconhece a união estável apenas entre um homem e uma mulher, deixando clara a necessidade da diversidade de sexos para caracterizá-la. Porém, recentemente o STF reconheceu a união homoafetiva equiparando-a a união estável. Alguns doutrinadores entendem que trata de uma posição discriminatória, uma vez que a própria Carta Magna prega igualdade entre todos os cidadãos brasileiros.

Observa-se que com a evolução da família brasileira foi dado novo enfoque ao conceito de entidade familiar, o que possibilita o reconhecimento das famílias alternativas, uma vez que o que está em moda é o valor socioafetivo.

Na atualidade, seguindo a orientação da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como, da Lei Nacional da Adoção, que estabelecem que a adoção está voltada para o interesse do menor e, verificando que a adoção por homoafetivos pode cumprir essa finalidade, há que se deferir o pedido da adoção realizado por homossexuais.

Ainda que não exista legislação específica no Brasil para disciplinar as questões relacionadas à homoafetividade: é justo condenar um menor a passar toda sua infância institucionalizado em abrigos públicos, ou entregue ao abandono, ou à violência, quando poderia receber o carinho e a proteção de uma família estruturada, mesmo que fora dos padrões convencionais?

Não há como pensar que uma criança poderia estar melhor aos “cuidados” do Estado do que sob a guarda de uma família, tenha ela a estrutura que tiver. Pois mesmo que a instituição ou o abrigo que o menor se encontre seja dos melhores, essa criança nunca terá um tratamento individual, tendo todos o mesmo tratamento, coletivo. O que fará com que sua singularidade e individualidade nunca seja explorada neste ambiente.

A criança tem o direito de ter uma pessoa que esteja a seu lado, lhe dispensando cuidado, educação, proteção e, claro, amor. Dessa forma, mesmo a família homoafetiva não pertencendo ao que alguns consideram como família ideal, independente de qualquer coisa, estas estão como qualquer outra indo ao encontro da realização de um sonho que é ter uma família com filhos.

Sem sombra de dúvida, a inclusão da criança em uma entidade familiar homoafetiva lhe será mais benéfica do que sua permanência nas ruas ou em instituições. Sendo um desrespeito aos seus direitos e a maior violência que poderia ser feita ao menor é deixá-lo crescer sem uma referência familiar.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Fernanda Otoni de. Sobre o interesse maior da criança. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=27>. Acesso em: 22.mai.2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº. 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990.

_____. Lei nº. 12.010 – Lei Nacional da Adoção: promulgada em 03 de agosto de 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 5.

DIAS, Maria Berenice. A estatização do afeto. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%ED%3o_do_afeto.pdf. Acesso em: 20.mai.2011.

_____. A família homoafetiva e seus direitos. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/45_-_a_fam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. Adoção e o direito a um lar. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/ado%ED%3o_e_o_direito_a_um_lar.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. Adoção homoafetiva. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/6_-_ado%ED%3o_homoafetiva.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. Adoção por homossexuais. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_ado%ED%3o_por_homossexuais.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. Adoção sem preconceito. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/11_-_ado%ED%3o_sem_preconceito.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. Amor não tem sexo. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/10_-_amor_n%ED%3o_tem_sexo.pdf. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. As Uniões Homoafetivas frente à Constituição Federal. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=686>. Acesso em: 22.mai.2011.

_____. Família pluriparental, uma nova realidade. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/15 -_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf). Acesso em: 20.mai.2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à Nova Lei Nacional da Adoção**. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção** – Doutrina e Prática. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>. Acesso em: 22.mai.2011.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil**: direito de família. 17. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5.