



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

FERNANDA SILVA DE ARAÚJO ANTONUCCI

DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS

Juiz de Fora - MG

Junho de 2012

FERNANDA SILVA DE ARAÚJO ANTONUCCI

DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo (a) orientador (a):

Alexandre Bonoto – Direito Civil

Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

Junho/2012

Fernanda Silva de Araújo Antonucci

DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Monografia de Conclusão de Curso submetida ao curso de Direito das Faculdades Integradas Unipac fundação Presidente Antônio Carlos como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Prof. Alexandre Bonoto (Orientador)

Faculdades Integradas Unipac

Prof. _____ (Examinador)

Faculdades Integradas Unipac

Prof. _____ (Examinador)

Faculdades Integradas Unipac

Juiz de Fora

2012

INTRODUÇÃO	7
1 - ENTIDADE FAMILIAR: BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA	8
1.1- CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE FAMÍLIA	8
1.2 - DA UNIÃO ESTÁVEL	10
1.3 - ELEMENTOS CARACTERIZADORES	11
1.4 - TEMPORALIDADE	12
1.5 - EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	12
1.6 - CABIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NA RELAÇÃO HOMOAFETIVA	14
2- O HOMOSSEXUALISMO	18
2.1 - A UNIÃO HOMOAFETIVA E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	20
2.2 - UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	21
3 – O INSTITUTO DA ADOÇÃO	23
3.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO	23
3.2 - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	26
3.3 - ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO	27
3.4 - ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADOÇÃO	29
4 - ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS	32
4.1 - POSIÇÕES CONTRÁRIAS	33
4.2 - POSIÇÕES FAVORÁVEIS	34
5 – CONCLUSÃO	39
6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

RESUMO

O presente trabalho aborda tema gerador de polêmica, tanto cenário jurídico quanto no meio social, qual seja a possibilidade da adoção por casais homossexuais. A lacuna deixada pela lei divide opiniões e a sociedade resiste em aceitar que um menor seja criado em lar homoafetivo. O objetivo da presente monografia é demonstrar a viabilidade da adoção homoafetiva, visando o melhor interesse da criança, posto ser a adoção um verdadeiro ato de amor e solidariedade. Para tanto, inicialmente trata da evolução histórica da entidade familiar, traçando os novos modelos que se apresentam, dentre eles a união estável. Aponta o conceito de homossexualidade, sua historicidade e sua situação legislativa atual. No que concerne a adoção, destaca a evolução histórica do instituto, conceituação e natureza jurídica, bem como aspectos gerais e processuais. Por fim, trata dos aspectos favoráveis e desfavoráveis da adoção por casal homossexual, destacando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-Chaves: Adoção. Homoafetivo. Família. Melhor interesse da criança.

ABSTRACT

This paper discusses the generative theme of controversy, both legal scenario and in the social environment, namely the possibility of adoption by homosexual couples. The gap left by the law divides society and resists accepting that a minor is created Homoffective home. . The aim of this paper is to demonstrate the feasibility of adopting homoafetiva, in the best interest of the child, since the adoption to be a true act of love and solidarity. To this end, initially deals with the historical evolution of a family unit, tracing the new models that are presented, including the stable. Points to the concept of homosexuality, its historicity and its current legislative situation. Regarding the adoption, highlights the historical development of the institute, and legal concepts, as well as general and procedural aspects. Finally, he treats the favorable and unfavorable aspects of the adoption by couples Homoffective, highlighting doctrinal and jurisprudential positions.

Key Words: Adoption. Homoffective. Family. Child's best interest.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia tem como cerne a discussão acerca da possibilidade de adoção por casais homossexuais no ordenamento pátrio.

O objetivo primordial é a abordagem acerca da polêmica que gira em torno do assunto, apresentando, para tanto, posições contrárias e favoráveis, com base na legislação vigente, na doutrina e na jurisprudência.

O Capítulo 1, tratará da entidade familiar, abordando, em linhas gerais, sua evolução histórica, conceituação, os aspectos gerais da união estável e da união homoafetiva, ambas consideradas como entidade familiar.

O Capítulo 2, por sua vez, abordará os principais pontos da evolução histórica da homossexualidade no mundo e no Brasil; analisa os aspectos constitucionais da união homoafetiva e, por fim, fala de sua recente equiparação a entidade familiar.

O Capítulo 3, buscará traçar a evolução histórica do instituto da adoção, seu conceito e natureza jurídica, bem como aspectos gerais e processuais.

Por fim, o Capítulo 4, adentrará no tema central do presente estudo, qual seja, a possibilidade da adoção por casais homossexuais, apontando os posicionamentos contrários e favoráveis da adoção homoafetiva encontrados na doutrina e na jurisprudência brasileira.

1 - ENTIDADE FAMILIAR: BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

1.1- CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE FAMÍLIA

A expressão família teve origem na Roma Antiga com o objetivo de designar um novo grupo social surgido entre as tribos latinas, consubstanciado no conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do “*pater*”. Posteriormente, referida expressão foi ampliada tornando-se sinônimo de “gens”, ou seja, o conjunto de agnados ou aqueles submetidos ao poder em decorrência do casamento¹.

O termo família vem do latim “*famulus*” e significa “escravo doméstico”, designando um grupo que era submetido à escravidão agrícola. A designação usada para família, ligada por laços de sangue ou emotivos, era a de “família natural”. Naquela época a família era composta por pai, mãe e filhos em uma estrutura patriarcal².

Arnaldo Rizzardo³ entende a família, atualmente, em dois sentidos, estrito e amplo. Família em sentido estrito constitui-se de pais e filhos, apresentando certa unidade de relações, com idêntico nome, mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais. No sentido amplo, família diz respeito aos membros unidos pelos laços sanguíneos, constituída pelos pais e filhos, nestes incluídos os ilegítimos, naturais e os adotados. A família é unida por múltiplos laços capazes de manter os membros unidos moralmente, materialmente e reciprocamente durante uma vida e durante as gerações. Cada qual com um papel diferente que garante o funcionamento do todo.

A entidade familiar, a seu turno, deve ser entendida como toda e qualquer condição de união capaz de acolher emoções e afeições dos seres humanos. Conforme leciona Maria Berenice Dias⁴, ocorreu um alargamento conceitual da família, que passou a ser vivenciada como um espaço afetividade destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um.

A diversidade de entidades familiares se mostra uma das mais respeitáveis inovações da Constituição da República Federativa do Brasil, no tocante ao Direito de Família, estando definida no artigo 226, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, *in verbis*:

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

¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005. p. 41-43

³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Era uma vez, *in* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**, realizado em Belo Horizonte, de 24 a 27 de setembro de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.18.

e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁵

O conceito de família tem se modificado, acompanhando as mudanças religiosas, econômicas e sócio-culturais do contexto em que se encontram.

Inicialmente a família possuía um perfil conservador, sendo entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual⁶.

Nesse período, os casamentos eram em sua maioria arranjados, com a finalidade de regular a família e com o interesse econômico de proteger a permanência dos bens para os herdeiros, ou até mesmo juntar patrimônios, geração de filhos, em especial filhos homens, para que sucedessem os pais nos negócios.

Os relacionamentos que fugissem ao molde legal estavam sujeitos a severas sanções, além de não adquirir visibilidade social. Eram chamados de marginais, tais vínculos afetivos extramatrimoniais, não sendo reconhecidos como família, ficando a margem da sociedade.

Os filhos que eram gerados fora do casamento também sofriam discriminações, sendo chamados de bastardos ou ilegítimos, sofrendo uma série de restrições, especialmente no tange aos direitos hereditários.

O modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana. Foi na Roma Antiga que surgiram as primeiras normas que instituíram a família como uma sociedade patriarcal, com o poder exercido pelo pai e chefe da comunidade, detentor do pátrio poder.

A sociedade romana era elitista e machista, conferindo ao homem diversos poderes, tais como o de decidir sobre a vida e a morte dos integrantes do grupo familiar e, ainda se algum deles seria abandono ou prejudicado, por qualquer motivo. Mesmo após a morte do patriarca, a mulher era excluída, não podendo tomar qualquer decisão em nome do grupo familiar, sendo certo que o poder era assumido pelo filho primogênito.

A mulher no Direito Romano só tinha duas possibilidades de escolha, se continuava obedecendo a seu pai ou se começava a se submeter aos poderes do marido.

Já na Idade Média as pessoas tinham duas famílias, patriarcal ou maternal; os casamentos eram feitos por descendência. Com a Revolução Francesa, os casamentos

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. rev, atual e ampl. São Paulo: RT, 2007.p. 27-28.

passaram a serem laicos e na Revolução Industrial, com a migração para a cidade, os laços na família se estreitaram e se tornaram menores. Nessa época, a mulher começa a participar do mercado de trabalho e a educação dos filhos é obrigação das escolas; já os idosos começam a deixar de ser obrigação das famílias e passam aos cuidados de instituições de assistência.

Conforme leciona Viviane Girardi⁷, a doutrina civilista, ao tratar de família, reconhece nela a característica de funcionalidade, o que importa em tê-la como um espaço institucionalizado que viabilize a realização das pessoas que a compõem. A partir da Constituição Federal de 1988, a tutela legal do Estado recai e protege a família na medida em que essa viabilize a realização das potencialidades dos seus componentes.

Atualmente, participar de um grupo familiar é muito mais ato de vontade do que uma imposição do meio social. Sendo assim, família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, repersonalização, pluralidade e eudemonismo, que significa doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana⁸.

1.2 - DA UNIÃO ESTÁVEL

A origem do instituto da união estável remonta aos tempos do Código de Hamurabi, sendo certo que referido diploma já disciplinava o instituto em análise em alguns de seus dispositivos. Havia a previsão da possibilidade de convivência marital e da poligamia entre indivíduos de sexos diferentes. Também constam no referido código, dispositivos disciplinando direitos sucessórios entre os conviventes, o que demonstra ser a união estável algo que já ocorria na antiguidade e uma inovação jurídica naquela época⁹.

As uniões extramatrimoniais, na atualidade, tem como característica principal a realização afetiva, mesma característica das uniões matrimoniais, visto que todos são iguais diante da lei, ou seja, os requisitos para a caracterização de referidas uniões, independe de raça, sexo, cor ou qualquer outro critério que diferencie um ser humano do outro. O vínculo afetivo que tem relevância social na formação da família brasileira origina os princípios da solidariedade e da reciprocidade.

A união estável nasce do afeto entre homem e mulher, sem a existência do casamento

⁷ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁸ DIAS, 2007. p. 41.

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.13.

civil, porém com a finalidade de entidade familiar. Exercida de forma contínua e pública, duradoura e sólida, jamais podendo ser efêmera.

O justo conceito que respeite os princípios constitucionais básicos da família brasileira, nos dias atuais, seria, caracterizá-la como união de duas pessoas, com convivência duradoura e contínua, baseada no respeito e companheirismo próprios da cumplicidade, com objetivo da realização afetiva independente da sexualidade¹⁰.

O requisito temporal determina que a união deva perdurar no tempo, não podendo ser um relacionamento esporádico.

Por um longo período, a união estável foi denominada de concubinato, todavia, tal expressão entrou em desuso nos dias de hoje.

1.3 - ELEMENTOS CARACTERIZADORES

A lei não imprime a união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se o legislador em identificar a relação de presença de elementos de ordem objetiva, ainda que essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família¹¹.

Para considerar que um casal viva em união estável é necessário que tenham uma vida em comum, com obrigações e deveres, como se casados fossem. Essa união tem que ser pública, o que denota notoriedade no meio social frequentado pelos companheiros, devendo existir coabitação, todavia não é a mesma imprescindível, pois não se faz necessária a coabitação de leito, mas sim, a comunhão de vida sexual permanente somada a comunhão de interesses entre os companheiros.

Na relação de união estável deve haver igualdade, no que tange aos poderes de direção no aspecto sócio jurídico para ambos, vinculação afetiva, psicológica e material, de caráter estável e duradouro, sem o casamento civil. Este tipo de comunhão de vida resulta numa entidade familiar, não havendo necessidade de apresentar semelhanças com o casamento.

¹⁰ DIAS, 2007. p. 160-161

¹¹ Ibidem.

A união estável não é definida como estado civil, pois se o companheiro for viúvo, solteiro, etc, permanecerá ele no estado civil originário.

O Código Civil de 2002 legitimou as mudanças radicais pela qual a família brasileira passou, desde a vigência do Código Civil de 1916. Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226 e o Código Civil de 2002, a relação entre companheiros e companheiras ganhou status de união estável, com direitos e deveres assegurados, consoante determina o artigo 1723.

1.4 – TEMPORALIDADE

Questão recorrente que se apresenta, no tema em comento, se refere ao tempo. Qual o lapso temporal necessário para configurar uma união estável?

Apesar da lei não exigir decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não pode ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade. Logo, a união deve estar revestida de continuidade e durabilidade do vínculo ¹².

A Lei 8.971/94 foi o primeiro diploma legal a disciplinar o instituto da união estável. Em seu artigo 1º fixou o prazo de cinco anos de convívio em comum, sendo tal requisito inexigível nos dias de hoje, tendo em vista que, com o advento da Lei 9278/96, que tacitamente revogou o diploma acima mencionado, não mais se exige um prazo mínimo de convivência, requerendo apenas para a estabilidade da união que fosse a mesma duradoura, contínua, pública, tivesse o objetivo de constituir família e não apresentasse impedimentos matrimoniais.

1.5 - EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Sabemos que o homem é uma criatura sociável e a família é a base de sua estrutura religiosa e psicológica, em termos de convivência. Todavia, nas últimas décadas, a concepção de família vem se desatrelando dos dogmas religiosos, ante as mudanças radicais ocasionadas pela evolução tecnológica.

¹² Ibidem.

O Direito, como regulador do convívio social, acompanha as mudanças ocorridas no âmbito familiar, porém de forma lenta, face ao protecionismo e conservadorismo próprios de sua cautela como instituto.

O conceito de família por muito tempo esteve atrelado ao casamento sacramentado, por influência do cristianismo. O Código Civil de 1916, sob influência dos dogmas do cristianismo, reconhecia juridicamente como família apenas o casamento entre homem e mulher, estando qualquer outro tipo de união repudiada, rechaçada e desprotegida legalmente. Para o legislador de 1916, família e casamento era uma coisa só, una e indivisível, na medida em que aquela não existia legalmente sem este.

Antes da regulamentação da união estável havia uma série de restrições a esse tipo convivência, proibindo, por exemplo, benefícios do homem casado a concubina, doações, inclusão como beneficiária em seguro de vida, reconhecimento de filho fora do casamento, etc.

Tais situações existiam e eram incontestáveis, fazendo com que muitos juízes criassem alternativas a fim de evitar que injustiças fossem cometidas. Para tanto, lançavam mão da analogia com o Direito Comercial, para o reconhecimento da sociedade de fato entre conviventes não casados, bem como jurisprudências admitindo a meação dos bens adquiridos pelo esforço comum entre os companheiros.

Com o passar do tempo e a evolução jurídica, as restrições existentes no Código Civil de 1916 passam a ser aplicadas apenas ao concubinato adulterino, ou seja, concubinato impuro: ocorrido nos casos em que o homem vivia com sua esposa e ao mesmo tempo com sua concubina.

No entanto, não eram aplicadas mencionadas restrições as hipóteses em que havia separação de fato da esposa e convivência com outra pessoa, externando um relacionamento de marido e mulher, sendo estes casos definidos como concubinato puro ou companheirismo, caracterizados pela convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união.

A Constituição Federal, a seu turno, adotou definitivamente a posição de valorização da relação afetiva e amorosa, considerando, portanto, casamento e união estável como entidades familiares com a mesma consistência jurídica, visto que a união estável é uma família com os mesmos propósitos do casamento.

Portanto, percebe-se, que a visão da instituição familiar almeja privilegiar seus membros na busca da satisfação afetiva. Nada mais justo, tendo em vista a grande importância das relações afetivas na vida do ser humano.

1.6 - CABIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NA RELAÇÃO HOMOAFETIVA

A união homoafetiva está se consolidando e conseguindo alguns avanços importantes para obtenção de seu reconhecimento. Prova disso é a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no início de maio do ano de 2011, que reconheceu às uniões homoafetivas os mesmos direitos decorrentes da união estável.

O Código Civil, em seu artigo 1.723 e seguintes, trouxe em sua estrutura o instituto da união estável, todavia, tal fato não foi o suficiente para regular a situação dos casais homossexuais. A legislação ainda permanece conservadora ao reconhecer a união estável como aquela existente somente entre homem e mulher, fechando os olhos para uma parcela minoritária, porém, significativa, da sociedade brasileira que compõem uma entidade familiar diferenciada, muito embora nossos Tribunais Pátrios vem avançado em seu entendimento acerca da matéria.

Ao passo que, no âmbito da ordem jurídica, só se reconhece como entidade familiar aquela formada por pessoas de sexos distintos, no plano dos fatos, as famílias homossexuais proliferam-se e a maioria delas vive com dignidade, amor e respeito.

No entanto, preconceitos de ordem moral não podem levar a omissão do Estado, nem tampouco a ausência de leis, e o conservadorismo do Poder Legislativo não deve respaldar decisões negando direitos aos vínculos afetivos que não apresentam a diferença de sexo como pressuposto.¹³

Assim, as uniões homossexuais são relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas, com desdobramentos de cunho pessoal e patrimonial, aptos a reclamar regramento jurídico. Não se mostrando indispensável a presença do requisito da distinção de sexo, para a configuração do instituto da união estável.

O legislador ao conceituar entidade familiar na Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006 acabou por inserir no sistema jurídico as uniões homoafetivas. Isto porque, ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou esta por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Assim, a entidade familiar, merecedora de proteção do Estado, ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer

¹³ Idem. p. 183

agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto¹⁴.

Maria Berenice Dias, citando Fernando Lobo, sustenta que o *caput* do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade, ostentabilidade¹⁵.

Por conseqüência, entidade familiar não pode ser vista somente como sendo a união de pessoas de sexo oposto. Não mais se diferencia pela ocorrência do matrimônio, nem também pela existência de filhos, não sendo tais requisitos essenciais para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional.

Assim sendo, não sendo requisitos obrigatórios, a existência de prole e/ou capacidade procriativa, para que reste configurada a convivência de duas pessoas, não se justifica deixar de abrigar sob o conceito de família as relações homoafetivas, sob o argumento de não cabimento da união estável em casos em que os pares são do mesmo sexo.

Nesta esteira de entendimento, em consonância com a lição do doutrinador, Daniel Sarmiento, ao tratar do tema O Princípio da Igualdade e a União Homoafetiva, p.634, *usque*, 637¹⁶, aduz que os casos em que duas pessoas, ligadas por um vínculo afetivo, mantiverem uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um centro familiar a semelhança do casamento, deverá esta ser identificada como geradora de efeitos jurídicos, independente do sexo dos indivíduos a que pertencem.

Desta feita, presentes os requisitos legais, quais sejam, vida em comum, coabitação, laços afetivos, não se pode deixar de conceder as uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos as relações heterossexuais que tenham características iguais, não podendo estas ficara a margem da lei.

A homossexualidade existe, sempre existiu, cabendo ao Poder Judiciário emprestar-lhe visibilidade, pois em nada se distinguem os vínculos heterossexuais dos homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.

A união homoafetiva é uma realidade social e jurídica, merecedora de proteção estatal, estando o parágrafo 3º do Artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, ao exigir a diversidade de sexo, em total descompasso com a realidade social, ocasionando, desta feita, um desrespeito a um princípio fundamental do Estado Democrático

¹⁴ DIAS, 2007. p. 190-191.

¹⁵ Idem. p.157.

¹⁶ SARMENTO. Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**, in “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”. Lumen Juris, 2008. p. 634-637.

de Direito: o da Dignidade da Pessoa Humana, a saber.

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; (grifo nosso)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Sobre o tema, manifestou a Desembargadora Maria Berenice Dias ¹⁷do TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação nº 70012836755:

O que diz a Justiça: A correção de rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. Como bem diz Zeno Veloso, num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico. Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais frequentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi manifestado:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: O que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13 -14.

ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas (TJRS, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003).¹⁸

Vencer o preconceito é uma luta árdua, que vem sendo travada diuturnamente, e que, aos poucos, tem se mostrado exitosa numa guerra desumana. Destarte, consagrar os direitos dos homossexuais em nosso ordenamento é medida que se fazer necessária para romper tabus e derrubar preconceitos. Entretanto, enquanto a lei não vem, cabe ao Judiciário o dever de suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos repletos de preconceitos ou restrições morais¹⁹.

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70005488812**, 7ª Câmara Cível, 23 de junho de 2003. Disponível em: [HTTP://www.tj.rs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em 21 de fevereiro de 2012.

¹⁹ DIAS, 2007. p. 183

2- O HOMOSSEXUALISMO

O homossexualismo define-se pela característica dos seres de sentirem atração física por indivíduos do mesmo sexo. Já a homossexualidade é a prática constante destas experiências homoafetivas. O termo homossexualismo foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo “ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade” quer dizer modo de ser²⁰.

Fábio Vargas ²¹, em seu livro *União Homoafetiva: Direitos sucessórios e Novos Direitos*, tenta definir homossexualidade citando Fry Macrae, 2011, p.20:

O que é homossexualidade? Esta pergunta tem como pressuposto que a homossexualidade é alguma coisa. O problema é que a homossexualidade é uma infinita variação sobre um mesmo tema: o das relações sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Assim, ela é uma coisa na Grécia Antiga, outra coisa na Europa do fim do século XIX, outra coisa entre os índios Guaiáqui do Paraguai. (MACRAE, apud, VARGAS, 2011)

A origem etimológica da palavra, a qual é formada pela junção de dois vocábulos, "*homo*" e "*sexu*", vem do grego "*homos*", o qual significa semelhante, e o vocábulo sexual vem do latim "*sexu*", que é relativo ou pertencente ao sexo. A junção dos dois vocábulos significa a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo ²².

Não é moderna a relação sexual entre indivíduos do mesmo sexo. Temos registros de 10 (dez) mil anos atrás onde o coito entre pessoas do mesmo sexo é realizado a fim de obter o conhecimento sagrado. O Código de Hammurabi, na antiga Mesopotâmia, em 1750 a.c, previa as relações dos prostitutos com os devotos nos templos de cultos religiosos ²³.

Na Grécia e Roma antiga era absolutamente normal um jovem ter relações homossexuais com um homem mais velho com o intuito de absorver seus conhecimentos e virtudes²⁴.

²⁰ Idem. p.157.

²¹ FRY, Macrae, 1985, p.7, apud, VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva: Direito Sucessório e Novos Direitos**. 1. edição, Curitiba. Juruá Editora, 2011.p.20.

²² *A união homoafetiva em perspectiva*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. maio de 2006. Disponível em <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/atila_sonego.htm> Acesso em 12 mar.2012.

²³ PINTO, Flávia Ferreira. **Adoção por Homossexuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev, 2002. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

²⁴ Idem.

A homossexualidade nesta época era considerada louvável e praticada por toda a elite moral, intelectual, artística e guerreira. O prazer era apreciado desde a Grécia Antiga e os gregos cultuavam o prazer das festas e das orgias²⁵.

Na Idade Média, com o advento do Cristianismo, o sexo destinava-se a procriação e deveria ser isento de erotismo, de acordo com a filosofia natural de São Tomás de Aquino.²⁴ Com a evolução dos costumes e a mudança dos valores, dos conceitos de moral e de pudor, o tema referente à opção sexual passou a ser tratado como crime passível à pena de morte, assim como o adultério e o incesto, a partir do III Concílio de Latrão, em 1179²⁶.

Com o enfraquecimento da influência exercida pela Igreja Católica, diversas mudanças sociais ocorreram, fazendo surgir uma sociedade mais tolerante a prática homossexual. Assim, o sentimento de culpa com aquilo que antes era visto como um grande pecado diminuiu, e o prazer sexual deixou de ser visto como crime²⁷.

No ordenamento pátrio, não há lei expressa que impeça a união estável entre homossexuais, porém o que impede tais uniões são as disposições da Constituição e do Código Civil que equiparam a união entre homem e mulher ao casamento (artigo 226, parágrafo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil), não prevendo sua ocorrência entre pessoas do mesmo sexo, devido a finalidade primordial do casamento ser a reprodução.

Assim, de acordo com a legislação pátria, a união de iguais é considerada uma sociedade de fato, com amparo no Direito das Obrigações. Todavia, chamar as uniões de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato, e não de união estável, leva a sua inserção no direito obrigacional, com conseqüente alijamento do manto protetivo do direito de família, o que, em conseqüência, enseja o afastamento de direitos sucessórios²⁸.

O homossexualismo é um fato que não pode ser negado, e necessita de tutela jurídica, devendo assim ser entendido como entidade familiar. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano²⁹.

²⁵ Idem.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e justiça**. 2001. p. 33.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ DIAS, 2007. p. 185.

²⁹ Idem. p. 183

2.1- A UNIÃO HOMOAFETIVA E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Com o advento dos movimentos de luta pela liberdade de identidade sexual dos homossexuais e a redução do preconceito, cada vez mais casais homoafetivos assumem publicamente seus relacionamentos. No entanto, o ordenamento jurídico ainda não ampara legalmente referidas uniões que permanecem a margem da lei e do preconceito social³⁰.

Diversos países já reconhecem e dão previsão legal para as relações homossexuais estáveis, convalidando até mesmo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A premissa destas iniciativas é singela: a idéia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só na privação de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo a sua própria identidade e dignidade³¹.

No conceito de igualdade se inclui, por óbvio, o da opção sexual, devendo o direito regular as uniões homossexuais, haja vista serem fato social.

Assim sendo, as uniões homoafetivas merecem amparo legal perante a sociedade brasileira, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu preâmbulo, o Estado Democrático de Direito, defendendo a existência dos direitos e liberdades individuais, dentre eles os direitos a liberdade e a igualdade, bem como os direitos humanos.

Todavia, no Brasil, não temos muito avanço de cunho legislativo, no que se refere ao reconhecimento dos direitos dos homossexuais, sendo certo que até os dias atuais, somente um projeto de lei, de autoria da então deputada Marta Suplicy³², foi apresentado, visando disciplinar a união de pessoas do mesmo sexo. No entanto, escassas são as esperanças de aprovação do citado projeto, em curto e médio prazo, tendo em vista a acirrada oposição oferecida por segmentos conservadores do Congresso Nacional.

Sendo o Brasil, um Estado Democrático de Direito, regido por uma Carta Política que tem como vértice o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não pode a efetivação de

³⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. 2004. p. 68.

³¹ SARMENTO. Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**, in “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”. Lumen Juris, 2008. p. 622.

³² Idem. p. 621.

direitos fundamentais ficar a mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas. Principalmente quando se tratar de direitos inerentes a minorias, vítimas do estigma e do preconceito, tal como os homossexuais. Caso contrário, o constitucionalismo deixará de atender uma de suas funções básicas, qual seja, a proteção dos direitos das minorias ante o arbítrio ou o descaso das maiorias³³.

Desta feita, a obrigatoriedade do reconhecimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, independentemente de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais acima mencionados.

2.2 - UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

O relacionamento entre homossexuais, sob o ponto de vista jurídico, como já dito anteriormente, está submetido ao regime das sociedades civis, tal como era o regulamento da união estável antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil. Vale dizer que a omissão da lei alimenta a discriminação, o preconceito e acaba servindo de fundamento para dar legitimidade a atos de violência praticados pelos homofóbicos contra os homossexuais.

Daniel Sarmiento³⁴, em seu livro *Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais*, menciona que o projeto Suplicy, que determinava em seu artigo 3º, que o contrato de união estável seria lavrado em Cartório de Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Permanecendo assim, a aparência contratual, que dará ensejo ao surgimento da sociedade civil entre as pessoas do mesmo sexo.

O projeto Suplicy³⁵ visa disciplinar a união civil entre homossexuais, num esboço contratual de parceria, assegurando a duas pessoas o reconhecimento de sua relação, versando à proteção de direitos à propriedade, sucessão, previdenciários e fiscal. Assim, restariam legitimadas as novas famílias, a partir do registro público, figurando um novo conceito denominado de unido, com feições de contrato público, versando sobre questões patrimoniais,

³³ Idem. p. 622.

³⁴ Idem. p. 624.

³⁵ SARMENTO, 2008. p. 625.

deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

O casamento constitui a família legítima e confere aos seus parceiros direitos e garantias próprias do ato solene, quais sejam: vínculo de afinidade no parentesco; formação da sociedade conjugal; nova ordem de vocação sucessória; em determinados casos a emancipação; disciplina das relações patrimoniais dos cônjuges através do regime de bens adotado, e impõe aos cônjuges os deveres matrimoniais. Assim sendo, toda forma de união ilegítima está a margem da legítima.

Ignorar e repudiar esse tipo de relacionamento não faz a realidade menos visível; pelo contrário, gera mais preconceito, discriminação e violência.

Sendo assim, as relações homoafetivas e suas questões jurídicas merecem um pouco da atenção dos operadores do direito, uma vez tal como as relações heterossexuais, as uniões de pessoas do mesmo sexo são constituídas com o intuito de desenvolverem uma vida familiar, regidas pelo amor, fidelidade, harmonia e pela construção patrimonial, cabendo à justiça assegurar a igualdade e a dignidade humana.

3 – O INSTITUTO DA ADOÇÃO

3.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO

Às linhas a seguir traçaremos breves considerações acerca do panorama histórico do instituto da adoção em diversos países.

As raízes mais profundas da adoção estão na Índia. Persas, árabes e egípcios, receberam dos hindus, com as crenças religiosas, as práticas e costumes da adoção. Tais crenças impuseram a necessidade de deixar um filho para que, com suas orações, sacrifícios e flagelações, pudesse abrir as portas do céu a seus ascendentes. Não havia outro meio de procurar-se o repouso na tumba e a libertação na outra vida³⁶.

A adoção também foi conhecida nas antigas civilizações como o Egito, a Babilônia e a Palestina. Passagens bíblicas relatam casos de adoção de Moisés pela filha do Faraó e de Ester, que foi filha adotiva conforme se extrai do velho testamento³⁷.

A adoção como parentesco fictício foi forçosamente criada para atender imperativos de natureza religiosa, pois está é a causa principal de união dos membros da família antiga. Não foi o nascimento, o sentimento ou a força física que uniu os membros da família antiga, foi algo mais poderoso: a religião.

Assim, a família antiga é menos associação natural e mais associação religiosa, sendo o dever de perpetuar o culto doméstico um princípio do direito de adoção entre os antigos³⁸.

A adoção, no direito antigo, exercia uma função religiosa, posto que era o último recurso encontrado para que uma família sem filhos não sofresse a desgraça da extinção e desse continuidade ao culto doméstico.

No Direito Romano, por sua vez, havia dois tipos de adoção: ad-rogação, e a adoção propriamente dita. Tarcísio José Martins Costa explica como se apresentavam esses institutos dentro da sociedade romana³⁹.

³⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005. p. 39-40.

³⁷ FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional: Doutrina e Prática**. 2011. p.15-16.

³⁸ COULANGES, 2005. p. 45-46.

³⁹ COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção Transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual**. 1998. p. 42-43.

A ad-rogação ocorria quando um *pater familiae* por outro, ou seja, o adotado, pessoa que não estava submetida a nenhum pátrio poder, portanto, sujeito de direitos (*sui generis*), ingressava na família do adotante, tornando-se incapaz de direitos (*alieni juris*). Assim, um chefe de família, o *ad-rogado*, entrava na família do outro, o *ad-rogante*, extinguindo-se a família do primeiro.

Esses dois institutos exigiam o cumprimento de alguns requisitos. Tanto na *adrogatio* quanto na *adoptio* exigia-se certa idade do adotante de 60 anos no mínimo, não ter filhos naturais e ser 18 anos mais velho que adotado. Com a adoção, o adotado assumia o nome do adotantex⁴⁰.

Na Idade Média a adoção caiu em desuso. Com o advento do Cristianismo erigiu-se uma nova base religiosa que veio em substituição a antiga que dava sustento ao instituto em comento. Com o sacramento do matrimônio, a igreja só reconhecia a família e os filhos advindos do casamento. Sendo assim, a igreja passou a combater o instituto da adoção, não o disciplinando no Direito Canônico⁴¹, haja vista que os sacerdotes só criticavam e vislumbravam desvantagens em relação a adoção, tais como: uma maneira de suprimir o casamento e a família legítima, uma possibilidade de fraudar as normas que vedavam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos e por uma afronta direta a seus interesses, pois se alguém não possuísse filhos, deixaria seu patrimônio para a igreja.

Já a Idade Moderna foi marcada por diversas mudanças devidas, sobretudo ao surgimento do Capitalismo. O pensamento moderno põe o homem no centro dos interesses e das decisões. A secularização do saber, da moral, da política e do Direito é fomentada pela capacidade de livre investigação, levando o homem moderno a mudar seus pensamentos. Neste cenário ressurgiu o instituto da adoção em três legislações, a saber: em 1683 no Código Dinamarquês, em 1751 no Código Prussiano e em 1756 no Codex Maximilianus da Bavária⁴².

A partir do Código Napoleônico de 1804, a adoção recebe novos contornos, na modalidade de adoção romana *minus plena*. Foi somente após a Revolução Francesa que a adoção, como ato jurídico estabelece o parentesco civil entre duas pessoas⁴³.

Embora diversas dificuldades tenham sido encontradas nas legislações da época, somente em 1940 é que alterações substanciais foram realizadas, objetivando dar cunho social ao instituto e tornar menos rigorosas as condições exigidas para a prática legal da adoção.

No Direito Brasileiro, a questão da adoção surgiu com a Consolidação das Leis Civis,

⁴⁰ SZNICK, Valdir. **Adoção**. 1993. p. 12.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil: direito de família**. 2003. p. 299.

⁴³ *Idem*. p.299.

de Teixeira de Freitas, determinando aos juízes: “*conceder cartas de legitimação aos filhos sacrilégios, adúlteros e incestuosos, e confirmar as adoções*”⁴⁴.

Mas, somente com o Código Civil de 1916, é que o instituto da adoção conheceu sistematização, nos artigos 368 a 378. O caráter eminentemente privado que permeava o instituto, sendo seu objetivo dar um filho a uma família a fim de suprir uma deficiência criada pela natureza⁴⁵.

Entretanto, o instituto da adoção foi alterado por quatro vezes. Buscou-se redefini-lo, deixando de ser um instituto eminentemente de ordem privada para assumir feições de ordem pública. A partir daí, a adoção assumiu contornos sociais e escopos assistenciais, humanitários e filantrópicos. Não tinha mais a função de dar um filho a uma família para suprir eventuais deficiências de ordem natural, mas sim assumiu um papel de extrema relevância no Direito Moderno, qual seja dar uma família a uma criança abandonada⁴⁶.

Alternativas não são ofertadas somente a casais estéreis, mas também a casais com filhos, solteiros, viúvas, divorciados, separados judicialmente, pessoas que vivam em união estável.

Nesse novo viés, a razão de ser da adoção não é mais a esterilidade, a falta de companhia, nem tampouco a carência de afeto dos adotantes, mas sim a busca de uma solução para o problema da infante adolescência abandonada. Sendo certo, que para atingir tal fim, o legislador pátrio, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, reduziu o requisito da idade mínima do adotante de 30 para 21 anos, elevou de 07 para 18 anos o requisito da idade máxima do adotando, consoante determinam os artigos 40 e 42 do referido estatuto.

Por fim, surge o Código Civil em 2002, revogando o Código Civil de 1916, sendo o instituto da adoção disciplinado nos artigos 1618 a 1629, o qual não trouxe mudanças profundas ao instituto em análise. A adoção, a partir de então, somente serão judiciais, definidas por sentença constitutiva, assistida pelo Poder Público e protegidas pela irrevogabilidade do vínculo.

Importante é que, seja com enfoque no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou por ambos, a adoção cumpre uma função social considerável e deve ser compreendida sem preconceitos.

⁴⁴ JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. 2011. p. 80.

⁴⁵ SZNICK, 1993. p. 26.

⁴⁶ COSTA, 1998. p. 54-55.

3.2 – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A adoção, segundo Caio Mário da Silva Pereira, é o ato jurídico pelo qual se admite uma pessoa como filho, independente de relação de parentesco, consangüíneo ou afim, no qual o adotado é assumido como filho por um casal ou outra pessoa que não são seus pais biológicos⁴⁷. As responsabilidades, direitos e deveres dos adotantes e adotados são os mesmos entre pais e filhos biológicos, tem como objetivo a proteção do adotado, além de proporcionar a filiação a quem não tem seu próprio sangue.

Maria Helena Diniz⁴⁸ o define como:

“O ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha”.

Com base na Lei nº 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se definir a adoção como ato jurídico solene, em virtude do qual a partir da vontade das partes, com a permissão da lei, cria-se entre pessoas desconhecidas uma da outra, relações análogas as oriundas da filiação legítima.

A natureza jurídica do instituto em comento sempre gerou divergências doutrinárias. O Código Civil de 1916 define adoção como um ato negocial. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, no entanto, ante a exigência de sentença judicial e da intervenção estatal, apresentam um ato jurídico sem cunho contratual⁴⁹.

Dessa forma, quanto a natureza jurídica da adoção, duas correntes se apresentam: a privatista e a publicista⁵⁰.

A primeira corrente, denominada privatista, defende que a adoção é um negócio jurídico de natureza contratual, ato bilateral, fundado na autonomia de vontade das partes, o qual produz efeitos a partir do mútuo consentimento das mesmas⁵¹. O contrato, que é lei entre as partes, justifica a ausência do juiz no processo de adoção. Cabendo ao Estado, somente, a

⁴⁷ SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.213, v.5.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 520.

⁴⁹ VENOSA, 2003. p. 300.

⁵⁰ FIGUEIREDO, 2011. p. 17-18.

⁵¹ Idem. p.17-18.

simples vigilância quanto ao objetivo e a causa do contrato, com vistas a licitude. Podemos citar como adeptos desta posição: Sílvio Rodrigues, Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Caio Mário da Silva Pereira⁵².

A crítica que se faz a esta corrente se baseia no fato que não se pode considerar a existência de uma simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estado não atua somente como intermediador no processo de adoção, ele participa necessária e ativamente dos atos, sendo exigida uma sentença judicial, sem a qual a adoção não se aperfeiçoa. Logo, a adoção é uma ação de estado, de cunho constitutivo, composta de atos jurídicos marcados pelo interesse público, por conferir ao adotado a posição de filho.

Para a corrente publicista, a adoção passa a ser considerada como uma instituição jurídica fundada no Estado Social de Direito, solene e de ordem pública, com intervenção do Poder Judiciário, que tem sua natureza jurídica na constituição do vínculo de paternidade e filiação, vínculo este irrevogável, que se dá através de sentença judicial. Desta feita, desaparece o vínculo biológico ou natural e surge o vínculo adotivo⁵³. Dentre os seguidos desta corrente podemos mencionar: Jones de Figueiredo Alves e José Lázaro Alfredo Guimarães⁵⁴.

3.3 – ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO

A adoção por ser um instituto de cunho social e caráter humanitário, só se efetiva caso proporcione real benefício ao menor, conforme preconiza o artigo 1625 do Código Civil. Juridicamente a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças/adolescentes todos os direitos e deveres de filho, quando e somente quando forem esgotados todos os recursos para que a convivência com a família original seja mantida⁵⁵.

O instituto em apreço é regulamentado pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina claramente que a adoção deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança/adolescente.

Quanto a capacidade para adotar, o Código Civil associou esta com a maioridade. Sendo assim, somente os maiores de 18 (dezoito) anos podem adotar, independentemente de

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem..

⁵⁴ Idem. p.18-19.

⁵⁵ MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. 1993. p.10.

seu estado civil. Podendo ainda, a adoção ser efetivada pelo maior de 18 (dezoito) anos, isoladamente, ou pelo casal, no caso de matrimônio ou união estável, desde que um deles já tenha atingido a maioridade civil, devendo, neste caso, ser comprovada a estabilidade familiar, a teor do artigo 1618, parágrafo único do Código Civil.

No que tange ainda ao tema idade, o Código Civil ainda estabelece uma diferença mínima de idade entre adotante e adotando, devendo o adotante ser no mínimo 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotando, a teor do disposto no artigo 1619, do Código Civil.

Tutor e curador também podem adotar o pupilo ou curatelado, desde que prestem contas de sua administração e saldem seus débitos (art. 1620, Código Civil de 2002).

Existe ainda a possibilidade de adoção conjunta por divorciados ou separados judicialmente, desde que haja acordo acerca da guarda e regime de visitas e que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal. A lei também possibilita que um dos cônjuges adote o filho do outro, sendo certo que, neste caso, são mantidos os vínculos de filiação e parentesco. Trata-se de hipótese de adoção unilateral ⁵⁶.

Impende ressaltar que, com a adoção, os vínculos jurídicos do adotando com a sua família biológica serão extintos, salvo para fins de impedimentos matrimoniais, consoante determina o artigo 1626, *caput* do Código Civil. No entanto, o rompimento dos vínculos jurídicos não implica no rompimento com a história anterior a adoção da criança/adolescente.

Conforme preceitua o Estatuto da Criança e Adolescente, regra geral, a adoção depende do consentimento dos pais biológicos ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, sendo certo que referida decisão é revogável até a publicação da sentença que constituir a adoção.

Assim, se no curso da demanda judicial, a família biológica provar ter condições de manter a criança ou adolescente, poderão os pais revogar seu consentimento e voltar atrás em sua decisão, fato que obstará o prosseguimento do feito.

Quando o adotando já tiver completado 12 (doze) anos de idade, faz-se necessário também o seu consentimento para a adoção, conforme dispõe o artigo 1621 do Código Civil.

Todavia, haverá dispensa do assentimento se os pais biológicos da criança/adolescente forem desconhecidos ou estiverem em lugar incerto e não sabido, bem como se tratar de hipótese de destituição do poder familiar. Outra hipótese em que se mostra desnecessário o consentimento dos pais é o caso do adotando órfão que não tenha sido reclamado por qualquer

⁵⁶ RIBEIRO, Alex Sandro. **A adoção no novo código civil**. Jus Navigandi. Teresina. a.6. n.59. Out.2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3302>>. Acesso em 10 abr. 2012.

parente por mais de um ano, desde que haja prova deste fato⁵⁷.

Inovação trazida pelo Código Civil de 2002 foi a possibilidade de revogação do consentimento, até a publicação da sentença constitutiva da adoção (parágrafo 2º do artigo 1621). Pela norma surge uma hipótese de desfazimento da adoção até o trânsito em julgado da decisão.

No que concerne a adoção por estrangeiros, o Código Civil não a disciplinou, estabelecendo apenas em seu artigo 1629, que tal modalidade obedecerá as condições estabelecidas em lei, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Convenções Internacionais recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, devemos destacar que a adoção se resume num ato de amor e solidariedade, no qual o adotante traz para a sua vida uma pessoa até então estranha, que provavelmente viveria sem garantias constitucionais, tais como, moradia, saúde, educação, lazer, dentre outros, procurando dar a ela tudo a que faz jus, além do principal, que é o amor e o afeto familiar⁵⁸.

3.4 – ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADOÇÃO

O artigo 1623 do Código Civil determina que a adoção será realizada através de processo judicial, sendo certo que será competente para apreciação dos pedidos de adoção de crianças/adolescentes a Justiça da Infância e da Juventude ou do juiz que exerça referida função, conforme a Lei Organização Judiciária Local (artigos 146 e 148, III do Estatuto da Criança e do Adolescente). Devemos notar que a competência em questão é absoluta e, portanto, inderrogável⁵⁹.

Em se tratando de adoção de maior de 18 (dezoito) anos, a competência para processar e julgar o pedido é da Vara de Família.

A intervenção do Ministério Público nas demandas em debate se justifica tendo em vista o relevante interesse público envolvido, tanto nas adoções de menores de idade, quanto na adoção de maiores de 18 (dezoito) anos⁶⁰.

Quanto a competência para o ingresso da demanda, dispõe o artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que esta será determinada pelo domicílio dos pais ou responsáveis

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. rev, atual e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 426.

⁵⁹ COSTA, 1998. p. 256.

⁶⁰ DINIZ, 2009.p. 429.

do adotando ou pelo lugar onde este se encontra abrigado o infante, na falta de pais ou responsáveis.

O pedido de adoção será formulado pelo Ministério Público ou por interessado legítimo que preencha os requisitos para adoção. Importante observar que há a possibilidade de cumulação dos pedidos de destituição do poder familiar com o de adoção⁶¹.

O rito processual a ser adotado não foi estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, todavia, caso restem configuradas as situações previstas no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estaremos diante de um procedimento de jurisdição voluntária, a ser regido pelos artigos 166 a 170 do referido estatuto, o qual se aplica aos procedimentos de guarda e tutela⁶². Assim dispõe o artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório em petição assinada pelos próprios requerentes.

Parágrafo único. Na hipótese de concordância dos pais, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

Todavia, resta ainda possibilidade do procedimento seguir a jurisdição contenciosa, quando se tratar de adoção em que há contraditório, ou seja, resistência ao pedido oferecida pelas partes. Neste caso, o pedido seguirá o procedimento ordinário.

Pressuposto básico do procedimento de adoção é a destituição do pátrio poder. Impende esclarecer que atualmente o termo pátrio poder, usado pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra-se em desuso, sendo substituído por poder familiar.

Por poder familiar se entende todos direitos e deveres dos pais, relativos aos filhos menores 18 anos. Tal poder visa garantir o direito e dever de criação, educação, assistência da criança e do adolescente⁶³. Corresponde ao antigo “Pátrio Poder”, que a partir do Código Civil de 2002 passou a ser denominado “Poder Familiar”.

Após uma análise detida do conjunto probatório, cabe ao juiz decidir através de sentença fundamentada, demonstrando as vantagens, benefícios e interesses em prol do menor, e a própria legitimidade da pretensão.

A sentença concessiva da adoção tem cunho constitutivo, devendo ser inscrita no

⁶¹ COSTA, 1998. p. 263.

⁶² Idem. p. 260

⁶³ DIAS, 2007. p. 377-378.

registro civil de pessoas naturais, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. Com a inscrição, será consignado o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos ascendentes, com fito de criar parentesco natural. O mandado judicial também cancelará o registro original do adotando, o qual será arquivado. Nenhuma informação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro. Será conferido ao adotado o nome do adotante, podendo, a pedido, ser determinada a modificação do prenome⁶⁴.

Os efeitos da adoção serão produzidos após o trânsito em julgado da decisão, salvo na hipótese de adoção nuncupativa ou *post mortem*, prevista no artigo 42, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual terá efeito retroativo a data do óbito do adotante. Tal modalidade de adoção só é admissível nos casos em que o procedimento já estava em curso, sobrevivendo o falecimento do adotante⁶⁵.

Embora a doutrina em sua maioria entenda ser a sentença que defere a adoção de caráter constitutivo, Arnaldo Marmitt defende que é possível dizer que a sentença que defere a adoção possui caráter constitutivo e desconstitutivo ao mesmo tempo, pois faz nascer um novo estado civil para o adotando e desfaz o estado civil que anteriormente titulava. Constitui um registro e desconstitui outro⁶⁶.

A sentença que concede ou não a adoção é desafiada pelo recurso de apelação, a ser interposto, independentemente de preparo, no prazo de 10 (dez) dias, que seguirá a sistemática do CPC, com as alterações introduzidas pelo artigo 198, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁷.

Após o trânsito em julgado da sentença, por ser esta constitutiva e irrevogável, fazendo coisa julgada material, só poderá ser desconstituída através de ação rescisória, nos termos do artigo 485 do Código de Processo Civil⁶⁸.

⁶⁴ DINIZ, 2009. p. 429.

⁶⁵ COSTA, 1998. p. 266.

⁶⁶ MARMITT, 1993. p. 59-60.

⁶⁷ Idem. p. 266.

⁶⁸ Idem. p. 61.

4 - ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

O tema central da presente monografia, qual seja a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais, é polêmico no mundo jurídico, uma vez que a legislação pátria, doutrina e jurisprudência ainda não pacificaram seu entendimento.

No Brasil não existe norma legal que regulamente a adoção por casais homossexuais, quer seja para proibi-la, quer seja para permiti-la. A ausência legislativa se deve a entraves de ordem pejorativa e discriminatória, uma vez que os opositores utilizam-se de argumentos de proteção a família, ao bem do país, a natureza humana e a religião. Os defensores da união homoafetiva, a seu turno, lutam pela regulamentação da mesma com base na garantia dos direitos humanos e na cidadania⁶⁹.

A maior dificuldade que se apresenta se refere a interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange ao princípio do melhor interesse da criança. Nesse caso, não estamos diante de lacunas legislativas, mas sim de um princípio legal, cabendo ao jurista no momento da aplicação fazer uma análise pelo interesse superior da criança, sem deixar de levar em conta as situações concretas relativas aos adotantes, inclusive sua orientação sexual⁷⁰.

O artigo 43 do referido Estatuto, dispõe que a adoção será deferida apenas quando oferecer reais vantagens ao menor e fundar-se em motivos legítimos. O referido dispositivo legal é a melhor solução para polêmica que envolve o assunto, já que o magistrado deve atentar aos reais benefícios ao menor⁷¹. Assim dispõe referido dispositivo:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

A doutrina e a jurisprudência pátrias se dividem quanto ao cabimento ou não da adoção por pares iguais. Abaixo traçaremos os aspectos negativos e positivos sustentados pelos opositores e pelos defensores da adoção homoafetiva.

⁶⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. 2000. p. 130-131.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. 2011. p. 84-85.

⁷¹ Idem. p. 90-91.

4.1 – POSIÇÕES CONTRÁRIAS

Parcela significativa da doutrina se mostra contrária ao deferimento do pedido de adoção por casais homossexuais, como por exemplo: Arnaldo Marmitt, Débora Vanessa Caús Brandão, Fernanda de Almeida Brito, Wilson Donizeti Liberati.

Arnaldo Marmitt entende serem os casais homossexuais pessoas “contra-indicadas” para adotar, sobre o argumento de que a inconveniência e a proibição condiz mais com o aspecto moral, natural e educativo, muito embora não haja impedimentos legais⁷².

A doutrinadora Débora Vanessa Caús Brandão, a seu turno, sustenta a impossibilidade de adoção por casais homoafetivos, sob o argumento de que possa ocorrer transtorno psicológico ao menor, pelo fato de ser criado por pessoas do mesmo sexo⁷³.

Fernanda de Almeida Brito entende que a adoção homoafetiva não deveria ser concedida, embora não haja restrições legais, pois o adotado teria um referencial desvirtuado dos modelos de pai e mãe, fora os problemas sociais causados pelo preconceito e até represálias e chacotas por parte de terceiros, podendo acarretar prejuízos psicológicos a criança ou adolescente⁷⁴.

Quanto a eventuais danos psicológicos, Maria Berenice Dias assevera que cabe ao Poder Judiciário zelar pela proteção do menor a ser adotado, levando em conta o aspecto psicológico e afetivo, quando da avaliação das pessoas que se habilitam a adoção, e não apenas os pares homossexuais, mas para todos⁷⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata da necessidade de proteção do direito ao respeito a criança e ao adolescente em seus artigos 17 e 18, *in verbis*:

Art. 17: O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁷² MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. 1993. p. 111-113.

⁷³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**. 2002. p.91.

⁷⁴ BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: Ltr. 2000. p.55.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. PortoAlegre: Livraria do Advogado, 2001. p.109.

O artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, também merece destaque por prever o dever do Estado em assegurar a criança e ao adolescente a proteção de seus direitos fundamentais. Direitos estes que devem ser tutelados e que segundo Roger Raupp Rios podem ser deixados de lado, no caso de deferimento da adoção por casal homossexual⁷⁶.

Wilson Donizeti Liberati, por sua vez, argumenta que a adoção por casais homossexuais apresenta dificuldades de ordem moral, pois a sociedade não se acostumou com as novas formas de relações afetivas, posto que foi recentemente que esta saiu do sistema exclusivamente patriarcal. Sendo assim, tal modalidade de adoção fere diversos dispositivos legais, seja da Constituição da República Federativa do Brasil, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁷.

Há ainda a tese sustentada por Luiz Carlos de Barros Figueiredo que entende pela impossibilidade absoluta da concessão de adoção em favor de casais homoafetivos, por não existir a formação de entidade familiar, já que o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil define como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher⁷⁸.

Nesse diapasão é o entendimento de Sílvio Venosa⁷⁹ que é pela impossibilidade da adoção conjunta por casais homossexuais, já que não são legalmente reconhecidos como entidade familiar:

Não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção, como percebemos, pode ser singular ou conjunta. A adoção conjunta é admitida por casal em matrimônio ou em união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente. Se não são ainda os companheiros reconhecidos como entidade familiar, a ele não é dado adotar conjuntamente.

Há ainda que destacar a questão do registro civil do adotado, já que a legislação pressupõe a diversidade de sexo dos adotantes, ou seja, o nome do pai e da mãe, não podendo a criança ou adolescente ser registrado como filho de dois pais ou de duas mães, a teor do artigo 47, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷⁶ RIOS, Roger Raupper. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.131.

⁷⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção: adoção internacional**. 2003. p.36-37.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. 2011. p. 94.

⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 2003. p. 315.

4.2 – POSIÇÕES FAVORÁVEIS

Em outra vertente, parcela minoritária da doutrina se posiciona a favor da adoção homoafetiva e tem como adeptos: Maria Berenice Dias, Taísa Ribeiro Fernandes, Enézio de Deus Silva Júnior, Viviane Girardi, entre outros.

Inicialmente sustentam que a adoção, seja formulada por casais heterossexuais ou homossexuais deve priorizar atender os interesses do adotando e não do adotante, conforme estatui o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que em sendo o Brasil um país concentrador de renda e de graves desrespeitos aos direitos humanos, aponta o bom senso para a relevância de inserir as crianças e adolescentes abandonados em seios familiares, independente da opção sexual dos adotantes, em detrimento de deixá-los despersonalizados, sem referencial afetivo de paternidade/maternidade, em uma instituição de amparo⁸⁰.

Maria Berenice Dias comentando o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente leciona:

Diante de tal preocupação do legislador com o bem estar do infante, nenhum motivo legítimo existe para deixar criança fora de um lar. Vivendo os parceiros – ainda que do mesmo sexo – uma verdadeira união estável, legítimo interesse da adoção, não se podendo deixar de ver a existência de reais vantagens ao menor.⁸¹

Um dos entraves apresentados é o disposto no artigo 1622 do Código Civil, ao tratar da possibilidade de adoção conjunta, dispondo que esta somente ocorrerá quando os adotantes forem marido e mulher. Nesse caso, a discussão que ocorre versa sobre a possibilidade ou não da adoção por casais homossexuais, já que referido dispositivo subentende a heterossexualidade como requisito⁸².

No entanto, referido dispositivo não pode ser interpretado de forma isolada, mas sim em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, em especial os princípios constitucionais, da igualdade e da dignidade da pessoa humana em confronto com o princípio do melhor interesse da criança, estatuído no Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸⁰ JUNIOR Enézio de Deus Silva Júnior. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 154.

⁸¹ DIAS, 2001. p.110

⁸² Idem. p.110-111

A Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não traça minúcias acerca da colocação de criança ou adolescente em família substituta, não apresentando qualquer proibição a possibilidade de adoção por homoafetivos, sendo certo que também não faz qualquer menção a opção sexual do adotante.

Ademais, diante do conceito aberto de família substituta, previsto no artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nada impede que duas pessoas adotem, independentemente da identidade sexual.

Sendo assim, conforme entendimento de Taísa Ribeiro Fernandes, a adoção não pode ser relacionada com a opção sexual dos adotantes, pois se trata de uma função que se almeja desempenhar. Nos dias de hoje, pai e mãe trocam de papel em diversas situações, não restando espaço para esse tipo de justificativa preconceituosa ⁸³.

Desta feita, basta que sejam preenchidos os requisitos elencados nos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que seja deferido o pedido de adoção, não estando entre eles relacionados a escolha de vida dos adotantes. Aliado a isso, o artigo 42, do referido diploma legal, estabelece que podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil.

Não havendo restrições legais contra a adoção por pares homossexuais, a sexualidade da pessoa não pode ser alegada contra a mesma em nenhum processo, inclusive o de adoção. Assim, é o entendimento de Maria Berenice Dias:

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de “normal”. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à Justiça e a busca da tutela jurídica ⁸⁴.

Como o legislador pátrio não regulamentou as uniões homossexuais, contribuiu para a marginalização dos cidadãos e das cidadãs que se atraem afetivamente pelo mesmo sexo biológico. Para suprir tal lacuna e tornar a ordem jurídica mais justa, grande parte do Poder

⁸³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. 2004. p. 111.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Uniões Homoafetivas – uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. In: Site Maria Berenice Dias. [Internet]. p. 2.

Judiciário vem se orientando pelo realismo jurídico, o qual busca enquadrar o direito à realidade social⁸⁵.

Essa vertente teórica busca enquadrar o direito a realidade social, sustentando que a obediência a norma decorre ao respaldo social para a sua eficácia, e não da determinação advinda da criação formal⁸⁶. Ante o poder-dever de despachar ou sentenciar, os juízes têm se utilizado da analogia, como forma de integração desta lacuna, partindo de uma interpretação teleológica. Objetivando, pois, conformar a finalidade normativa com as novas exigências sociais, sendo tal interpretação denominada de sociológica⁸⁷.

Um bom exemplo da viabilidade jurídica da adoção por pares homossexuais é a reportagem da revista *Época*⁸⁸, a qual traz a baila o caso de dois homens que vivem juntos há quatorze anos e adotaram uma menina, colocando em sua certidão de nascimento o nome de ambos.

Quanto a alegada impossibilidade de registro civil por casais homossexuais, a doutrinadora Maria Berenice Dias refuta os argumentos contrários, entendendo que o mesmo não passa de mero aspecto formal, devendo ser considerada a realidade fática do caso⁸⁹.

Para demonstrar que a atual realidade social nos conduz a aceitação dessa formação familiar, qual seja, a formada por casais homossexuais, é importante colacionar na presente monografia o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da adoção por pares homossexuais, através da jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam 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 aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA)⁹⁰.

⁸⁵ DIAS, 2001. p.4.

⁸⁶ JUNIOR, 2011. p. 159-160.

⁸⁷ Idem. p. 159-160.

⁸⁸ Revista *Época*. Nº 453. p. 80-87.

⁸⁹ Idem. p.111.

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70013801592**, 7ª Câmara Cível, 05 de abril de 2006. Disponível em: [HTTP://www.tj.rs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em 21 de fevereiro de 2012.

A jurisprudência pátria orientada por valores de pluralidade e dotada de uma maior sensibilidade com a temática das necessidades essenciais do ser humano vem admitindo e considerando que as uniões formadas por pares homossexuais possam ser consideradas como entidades familiares, já que equiparadas a união estável. Podendo, desta feita, os companheiros pleitearem conjuntamente a adoção de uma criança ou, então, a adoção do filho do outro(a) parceiro(a) ⁹¹.

Não podemos de deixar de citar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu a guarda do filho da cantora Cássia Eller a sua companheira Maria Eugênia, com quem conviveu durante quatorze anos. Após a morte da cantora, a justiça deferiu a sua companheira o direito de guarda do filho Francisco, órfão de pai, em detrimento da obediência a ordem legal por atender aos melhores interesses da criança ⁹².

A filiação socioafetiva sobrepõe-se a qualquer outro vínculo, quer biológico, quer legal. Negar a possibilidade do reconhecimento da adoção, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber ⁹³.

Com base tanto na ampla receptividade que a sociedade brasileira possui em relação a homossexualidade propriamente dita, bem como a adoção de crianças e adolescente, por pares homoafetivos, aliado ao fato de não haver prejuízos para os adotandos envolvidos em tais processos, pelo contrário, uma vez que tais adoções são benéficas aos interesses das crianças e dos adolescentes, entende-se possível a outorga da adoção conjunta a casais homossexuais utilizando-se para tanto os mecanismos jurídicos representados pela Constituição da República Federativa do Brasil, mormente o artigo 3º, inciso IV, combinado com os artigos 5º, *caput*, e 226, com um viés de se estabelecer a igualdade de proteção a todas as formas de família ⁹⁴.

⁹¹ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais**. 2005. p.151.

⁹² Idem. p.150.

⁹³ DIAS, 2007. p.440.

⁹⁴ GIRARDI, 2005. p. 150-151.

5 – CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia teve por objetivo abordar acerca da possibilidade de adoção por casais homossexuais.

No decorrer do trabalho verificou-se que a entidade familiar sofreu grandes mudanças no decorrer da história, com o surgimento de novos modelos familiares, tais como a união estável e a sociedade de fato. A família moderna tem como núcleo constitutivo o afeto, sendo edificada nos vínculos de amor, solidariedade, ajuda mútua e carinho, na busca incessante pela felicidade de seus membros.

No que concerne a homossexualidade, depreendeu-se que os homossexuais apesar de discriminados ao longo da história, aos poucos, vem conseguindo algumas conquistas, com o reconhecimento de seus direitos fundamentais.

No entanto, apesar das evoluções sociais e do reconhecimento das uniões homoafetivas, como entidades familiares, a legislação brasileira ainda permanece omissa, no que tange a regulamentação de mencionadas uniões, restando uma lacuna legislativa a ser suprida pela jurisprudência, que vem realizando uma interpretação legal, em consonância com a realidade social e de acordo com os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, proteção a segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

Quanto a adoção, que na antiguidade tinha como finalidade a manutenção dos cultos domésticos e a finalidade de suprir eventuais deficiências de ordem natural, nos dias atuais, desempenha importante papel assistencial, humanitário e filantrópico, tendo como escopo a inserção de crianças ou adolescentes em famílias substitutas, a fim possibilitar o crescimento do menor em um ambiente favorável a sua formação física, pessoal e psicológica.

Assim, a partir do estudo e pesquisa do tema central, qual seja o direito a adoção por casais homossexuais, pode-se concluir que o assunto ainda gera conflitos de ordem jurídica e social, que reclamam uma revisão de valores e convicções da sociedade, para conceber os homossexuais como detentores de deveres e direitos, como quaisquer cidadãos, independentemente da orientação afetiva e sexual adotada.

Deve-se ter em mente que o deferimento de adoção, quer requerida por homossexuais, quer postulada por heterossexuais, deve sempre atender o melhor interesse do menor, uma vez que o que se busca com a inserção de uma criança ou adolescente em uma família substituta é o bem estar do adotando, com condições saudáveis de convivência familiar e comunitária.

Sendo certo que um ambiente familiar saudável independe da orientação sexual dos adotantes e que o ordenamento jurídico brasileiro já possibilita a adoção de forma individual

por pessoa homossexual solteira.

Assim, desde que preenchidos os requisitos e as exigências legais, com a verificação de que os adotantes são pessoas idôneas e capazes de oferecerem ao menor condições de ordem afetiva, psicológica e financeira, não há razões para o indeferimento da adoção pretendida por casais homoafetivos.

Proibir a adoção por pares do mesmo sexo não significa somente cercear os direitos dos homossexuais, mas principalmente, o direito de crianças e adolescentes de terem uma família, afeto, educação e um futuro digno resguardado.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A união homoafetiva em perspectiva. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. maio de 2006. Disponível em <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/atila_sonego.htm> Acesso em 12 mar.2012.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. **Constituição: República Federativa do Brasil**.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 8069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: Ltr. 2000. p.55.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção Transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4. Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

———. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

———. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. In: Revista Brasileira de Direito de Família, a. I, n. 4, jan./fev./mar, 2000. Porto Alegre: Síntese

———. **Uniãos Homoafetivas – uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. In: Site Maria Berenice Dias. [Internet].

———. Era uma vez, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**, realizado em Belo Horizonte, de 24 a 27 de setembro de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva 2009

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União homossexual e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FIGUEREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2011.

———. **Adoção Internacional: Doutrina e Prática**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção: adoção internacional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

———. **Concubinato e União Estável**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Flávia Ferreira. **Adoção por homossexuais**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>. Acesso em: 20.fev.2012.

Revista Época. Nº 453, p. 80-87.

RIBEIRO, Alex Sandro. **A adoção no novo código civil**. Jus Navigandi. Teresina. a.6. n.59. Out.2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3302>>. Acesso em 10 abr. 2012.

RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

———. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**, in “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”. Lumen Juris, 2008.

SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

SZNICK. Valdir. **Adoção**. 2.ed. ampl. São Paulo: Leud, 1993.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva: Direito Sucessório e Novos Direitos**, 1. edição, Curitiba. Juruá Editora.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5.

SITIOGRAFIA

[HTTP://www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)

[HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[HTTP://www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)