



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
BACHARELADO EM DIREITO

LEANDRO BELLINI TEIXEIRA

ADOÇÃO NAS RELACÕES HOMOAFETIVAS:
A PROBLEMÁTICA DO NOME DO ADOTANDO

Juiz de Fora – MG

2011

LEANDRO BELLINI TEIXEIRA

**ADOÇÃO NAS RELACÕES HOMOAFETIVAS:
A PROBLEMÁTICA DO NOME DO ADOTANDO**

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

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me dado forças frente as dificuldades da vida, que nos momentos difíceis sempre esteve ao meu lado. A meus pais e a toda minha família por serem meu porto seguro. A Amanda e a todos os amigos e colegas da faculdade pela força e amizade sincera. Aos professores da Unipac por contribuírem de forma sem igual para o meu crescimento profissional, por repassarem a nós alunos, um dos bens mais preciosos da vida, o conhecimento. Por fim, a professora Joseane pelo carinho e ajuda imprescindíveis durante a feitura deste trabalho.

A todos que um dia se viram privados de seus desejos, mas que agora começam a ser amparados pelo manto Jurídico. A todas as crianças que sonham com um lar e a todas as famílias que sonham em ter filhos.

LEANDRO BELLINI TEIXEIRA

**ADOÇÃO NAS RELACÕES HOMOAFETIVAS:
A PROBLEMÁTICA DO NOME DO ADOTANDO**

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

Nome do membro da banca
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nome do membro da banca
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ____/____/____

RESUMO

O tema específico do presente trabalho é a questão do nome do adotado e de sua certidão de nascimento. Trata das possíveis formas de se solucionar essa questão, que por sinal é deveras simples.

Porém, antes foram abordados outros temas, como a importância do nome, as novas formas de constituição da família e as Uniões Homoafetivas, a fim de esclarecer certos pontos, os quais muitas vezes são vistos de maneira preconceituosa.

Como se verá ao final deste, não há problema algum ao adotando em possuir um registro onde conste o nome de dois pais ou duas mães. Mesmo se houvesse algum, os benefícios de se ter um lar e uma família serão muito maiores.

Palavra chave: adoção, homoafetividade e direito ao nome

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	7
2- O NOME E SUA IMPORTÂNCIA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	8
3- A FAMÍLIA E SUAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO.....	11
3.1 Contextualização histórica.....	11
3.2 Formas de constituição da família	13
3.3 Da homossexualidade	14
3.4 Da União Homoafetiva.....	16
3.5 Avanços jurisprudenciais.....	17
4- ADOÇÃO.....	21
4.1 Histórico	21
4.2 Conceito.....	23
4.3 Formas de Adoção	26
4.3.1 Unilateral	26
4.3.2 Adoção de maiores	27
4.3.3 Adoção Internacional.....	28
4.3.4 Póstuma	28
4.3.5 “À brasileira” ou afetiva	28
4.3.6 Intuito personae	29
4.4 Processo de Adoção.....	29
4.5 Adoção por casais homoafetivos	31
4.6 A questão do nome	37
CONCLUSÃO.....	41
BIBLIOGRAFIA	42

1- INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, assim como o mundo todo vem passando por mudanças, nas formas de agir, pensar e encarar certas situações até então recriminadas. As relações homossexuais são exemplos destas, que apesar de estarem mais em voga hoje ocorrem desde tempos remotos. Hoje em dia já existem mais mecanismos de proteção a elas, mas ainda são vagos e insuficientes, gerando insegurança e não garantindo os direitos decorrentes delas.

Hoje em dia os casais homossexuais formam famílias, estruturadas no afeto. Por conseguinte, é cada vez mais comum o interesse destes em possuírem filhos, através da adoção. Tal fato vem permitindo que o sonho de muitas pessoas se concretize e também que aqueles desprovidos de cuidados, carinho, amor e afeto venham possuí-los através de uma família.

O papel do Direito é dar uma solução a todas as situações. Em observância ao Princípio da Inafastabilidade, previsto na C.F./88, artigo 5º, XXXV, a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Hoje, a recente decisão do STF., reconhecendo a união homoafetiva como equiparável à união estável, foi um grande passo. Mas ainda falta muito, pois a concessão deste direito, reforça a insegurança existente em outras situações pendentes de regulamento. É permitido àqueles que vivem em união estável realizarem a adoção, dando uma família para outro ser, e por consequência os respectivos sobrenomes do casal a este.

Sendo assim torna-se cada vez mais legítima a adoção feita por casais homossexuais, visando a construção de uma nova família. O papel do direito é regular estas situações em todos seus pontos controversos, sendo um deles a questão do registro do nome da criança adotada pelo casal homossexual.

O primeiro capítulo deste trabalho trata do nome e de sua importância dentro de nosso ordenamento jurídico pátrio – de sua composição, características e legislação pertinente. Logo após, foi feita uma abordagem sobre a família, começando pela contextualização histórica. Trata também das novas formas de constituição da família, que agora também encontra proteção do Estado, como a União Homoafetiva. O último tema é a adoção, este capítulo traz seu histórico, suas formas e legislação pertinente. Encerrando o mesmo, tem-se a adoção por casais homoafetivos e a questão do seu respectivo registro.

2- O NOME E SUA IMPORTÂNCIA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Antes de discorrer sobre a adoção especificamente, é necessário abordar, principalmente as formas e legislação pertinente do nome.

O nome é um dos direitos da personalidade, sendo da mais alta relevância (artigo 16, CC/02). Bem jurídico que protege a intimidade e possibilita a individualização da pessoa, bem como identifica sua origem familiar. Tão grande é a sua importância, que tem sido inserido doutrinariamente no conceito de dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III CF. 1988).

A expressão nome tem significado genérico, e possui dois elementos, o nome e o sobrenome. O que comumente se chama de nome é o prenome. A função do sobrenome ou patronímico é a identificação da família. A expressão apelido de família se refere à ascendência masculina.

Em geral, o nome da pessoa é composto por prenome, sobrenome da mãe e patronímico do pai, evidenciando a ascendência materna e paterna. Primeiro insere-se o sobrenome materno, e depois paterno, costume que é fruto de uma cultura marcadamente patriarcal. É comum também proceder ao registro somente com o nome paterno, excluindo o sobrenome materno. Ao contrário do que se pensa, não existe óbice legal em se fazer o registro, inserindo o sobrenome paterno primeiro e depois materno, atendendo assim o princípio da igualdade. É possível também, acrescentar os sobrenomes das avós maternas, e não dos avós paternos. Assim afirma Maria Berenice Dias, “Cabível, no entanto, é a inserção do sobrenome materno depois do paterno, possibilidade que não encontra óbice legal e atende ao princípio da igualdade. Na composição do nome, é possível acrescentar o sobrenome das avós, maternas e paternas, em vez da ascendência masculina”. (2011, p. 129).

São características do nome: inalienabilidade - não pode ser transferido a terceiros; irrenunciabilidade - não é permitido a ninguém renunciar a seu nome; imprescritibilidade - não existe prazo para exercício do nome ou requerimento de reconhecimento; intransmissibilidade - não se transfere o nome hereditariamente; extrapatrimonialidade - o nome não possui natureza econômico-patrimonial; vitaliciedade - o nome dura a vida toda tendo importância mesmo após à morte.

Além do nome, é direito a todos também a identificação da origem familiar através do sobrenome ou patronímico. O nome dos pais e de seus ascendentes indica a qual grupo familiar estará inserido o indivíduo.

Mesmo antes do nascimento, já existe o direito ao nome, se este ocorre sem ou com vida, haverá de se registrar o nome, indicando também o prenome.

O nome individualiza as pessoas, distinguindo-as umas das outras, tendo importância e relevância mesmo após à morte. É garantia expressa pelo Código Civil de 2002: “Art. 16 – Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

A família possui um nome, que identifica seus membros e revela a ascendência familiar. O casamento é uma das formas de constituição da família, porém hoje em dia já não é mais a única. O afeto é referencial que identifica os vínculos interpessoais e parentais. Os vínculos extra-matrimoniais e a filiação sócio-afetiva conquistaram espaço no âmbito jurídico. Cada dia é maior a busca pelo reconhecimento do vínculo da afetividade, e em consequência disso, a permissão legal da utilização dos nomes formados pelas “novas famílias”.

São dispositivos legais a cerca do nome, presentes na Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73).

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.

8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;

Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

VIII - as sentenças que deferirem a legitimação adotiva.

Art. 95. Serão registradas no registro de nascimentos as sentenças de legitimação adotiva, consignando-se nele os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os dos ascendentes dos mesmos se já falecidos, ou sendo vivos, se houverem, em qualquer tempo, manifestada por escrito sua adesão ao ato.

Parágrafo único. O mandado será arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidão, a não ser por determinação judicial e em segredo de justiça, para salvaguarda de direitos.

Art. 96. Feito o registro, será cancelado o assento de nascimento original do menor.

Em regra, o nome é imutável, buscando-se preservar a segurança das relações sociais. Existe grande resistência em se admitir alterações no nome ou no sobrenome. Porém existem exceções. Os erros poderão ser corrigidos na via administrativa. Aquele que deseja alterar o nome, terá o prazo de 1 ano após completada a maioridade, ou seja, dos 18 aos 19 anos. Tal

permissão justifica-se pelo fato de que não houve participação na escolha de seu próprio nome. Porém este prazo muitas vezes é desprezado pela Justiça, pelo motivo de que não há razão para manter um nome que cause desconforto a alguém. Para tanto, basta que se apresente os motivos da mudança.

O nome poderá ser substituído em duas hipóteses: por apelido público notório; ou em razão de coação ou ameaça decorrente de colaboração na apuração de crime. Pode haver também o acréscimo do apelido, não sendo necessária a exclusão de qualquer elemento do nome. Quando ocorrer a adoção, ocorrerá alteração do sobrenome, também sendo possível do prenome, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 47: O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecera certidão”. “Parágrafo 5º: A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome”.

Quando ocorre o casamento, é facultado aos noivos a adoção do nome do outro, não se atendo neste caso à segurança jurídica, mas sim à identificação da entidade familiar, considerada base da sociedade. Assim também ocorre na União Estável.

3 A FAMÍLIA E SUAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO.

Neste capítulo, será apresentada uma síntese histórica da família. O objetivo é mostrar a evolução deste instituto, que antes era espaço de poder e autoridade e agora se transformou em terreno afetivo e de liberdade. Os paradigmas nos modelos familiares estão sendo quebrados, onde prepondera hoje, a afetividade e a liberdade, marcos da formação da família atual.

3.1 Contextualização histórica

Na pré-história, já se verificava divisão primitiva do trabalho, onde a mulher administrava e desenvolvia um trabalho produtivo no lar (importante papel sob o prisma econômico), já o homem desenvolvia as atividades de caça e pesca. Porém essas duas classes eram permeadas pela igualdade, não havendo hierarquia entre elas. Com a descoberta do cobre, ferro, entre outros e com o aumento da produção agrícola foi necessário trabalho intensivo para o desbravamento de florestas e o aumento da produção no campo. O homem, a partir daí, passa a escravizar os outros e surge a propriedade privada. Ele agora possui escravos e terra e se torna proprietário da mulher.

Os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes moldaram a estruturação das famílias de cada conjuntura histórica. É necessário se buscar os motivos dos discursos a respeito da família, pois através deles é que se entende e identifica alguns preconceitos, que são obstáculos para a livre formação deste instituto. Cada estrutura familiar possui sua peculiar estruturação histórica social, com seus condicionamentos próprios. E segundo afirma Enézio de Deus Silva Júnior: “E, neste aspecto, verificar o lastro motivador dos discursos e as explicações dos estudiosos que abordam a família é fundamental para identificar como alguns preconceitos foram construídos e se constroem, até hoje, obstáculos ao livre desenvolvimento das relações familiares” (2008, p. 34).

O termo família, origina-se do latim *famulus*, e corresponde ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. Esposa e filhos incluem-se na classe de dependentes.

Sempre existiram uma gama de dispositivos ideológicos, motivados por interesses dominantes, que se opuseram a livre manifestação da sexualidade e da constituição familiar. Para que o poder pudesse ser exercido e perpetuado nas relações entre os seres humanos, foi

necessário a hierarquia entre os sexos, baseado também em discursos religiosos e conveniências econômicas. Com o surgimento da propriedade privada e as explorações preconceituosas, com base nas diferenças de gênero, algumas referências são relevantes para a compreensão do atual estágio da família. Existia a figura do *pater famílias*, que possuía poder de vida e morte sobre a prole, por ser o “ascendente mais velho”. A autoridade do pai era o traço marcante, tanto na Grécia como na Roma antigas (Silva Júnior, 2008, p. 35).

Com o advento do Cristianismo, a Igreja Católica passa a exercer grande controle ideológico, através de normas específicas denominadas cânones. Isso refletiu diretamente na formação da família e na supervalorização do matrimônio. Sendo assim, a única forma de se constituir uma família seria através do matrimônio, sacramento supervalorizado pela Igreja Católica, onde homem e mulher se unem, até que a morte os separe. Ele se opunha a todas outras formas de constituição familiar. O matrimônio é, portanto, uma das fontes de sustentação da visão preconceituosa da sexualidade. Até hoje, segundo os fundamentos religiosos, a união entre pessoas do mesmo sexo contraria as ordens naturais da criação. O casamento civil, originou-se do modelo primitivo germânico, onde existia uma família do tipo paternal, sendo que a esposa era reservada uma posição moralmente privilegiada.

Na Idade Moderna, fenômenos como, a laicização, a doutrina do Direito Natural e a filosofia individualista do século XVIII, impulsionaram mudanças significativas na família. Foram retiradas desta, os fins religiosos e políticos, prevalecendo agora a igualdade dos filhos, caindo por terra seu caráter religioso.

Entre os séculos XVIII e XIX, a repressão e o autoritarismo, impregnaram a família e as constituições científicas. O rompimento às leis do casamento ou a busca de outras formas de prazer deveriam ser condenados. Até os dias atuais as forças tradicionais defendem a manutenção de uma estrutura rígida, com papéis definidos para homens e mulheres.

Na esteira conjuntural do século XX, esse modelo hermético de família, assegurado da transmissão de patrimônios e tão-somente legitimado pelo casamento, rompeu-se, principalmente a partir da década de 1960-no Brasil, inclusive. (Silva Júnior, 2008, p.37)

Esse modelo pré-constituído de uma família (homem, mulher e seus filhos), rompeu-se. Fenômenos como o advento da pílula anticoncepcional, entre outros métodos contraceptivos, os movimentos feministas, a evolução da ciência, contribuíram para o direcionamento de um novo olhar sobre a composição das famílias.

3.2 Formas de constituição da família

A família hoje deve se voltar para o desenvolvimento da pessoa, em busca de sua felicidade. Cai por terra, o entendimento contrário, onde o indivíduo existia para a família.

O traço marcante, elemento impulsionador das famílias, é o afeto, não importando se entre duas pessoas de sexos opostos ou não, se este é ou não “abençoado” pelas leis católicas. Portanto, serão consideradas famílias, conforme classificação de Maria Berenice Dias (2011, p. 44 a 55):

1. A união de pessoas de sexos opostos, que manifestam perante o juiz sua vontade de estabelecer vínculo conjugal (casamento civil). Art. 1511 CC/02. Caso essa união se consagre através do matrimônio, sacramento católico, essa família será chamada de “Matrimonial”.
2. Família Informal - União estável entre pessoas de sexo opostos. Art. 1723, CC/02.
3. Família Homoafetiva - União de pessoas do mesmo sexo; Hoje, segundo entendimento do Superior Tribunal Federal, são equiparadas à União estável;
4. Monoparental: comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes;
5. Parental: convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estrutura com identidade de propósitos;
6. Pluriparental ou Mosaico: estrutura familiar originada no casamento ou união de um casal, na qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia;
7. Paralela: relações provindas de concubinato ou adultério;
8. Eudemonista: famílias identificadas pelo seu desenvolvimento afetivo, onde se procura a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros.

Importante salientar, a questão dos nomes dados às novas formas de constituição de uma família e de seus membros. Conforme, entendimento de Maria Berenice Dias.

Ainda que nomes não tenham efeito mágico, quem sabe, a partir do momento em que se assinala a natureza afetiva dos vínculos familiares, as pessoas se amem mais e vivam suas relações com a cumplicidade, o companheirismo e o carinho com que somente aqueles que amam- ou seja, os amantes – sabem viver. (2011, p.132).

Segundo a autora é importante procurar definições para as relações que se constituem em famílias, baseadas no afeto. Expressões como União homossexual, madrasta e padrasto, amasiado, entre outras, possuem fortes cargas de negatividade, fruto da grande intolerância

social. Como por exemplo, a expressão “União homoafetiva” que substituiu “União homossexual”, termo estigmatizante utilizado para identificar a união de pessoas do mesmo sexo. O novo termo realça o que traz sentido à relação, no caso, o afeto.

3.3 Da homossexualidade

Antes de tratar da União Homoafetiva, far-se-á breve histórico sobre a homossexualidade, a fim de esclarecer pontos obscuros a cerca deste tema, na tentativa de demonstrar que certas posições, são simples preconceito.

É prática que sempre esteve presente na história da humanidade, pois se constitui uma das possíveis orientações afetivo-humanas. Caracteriza-se pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico, que não se reduz a simples escolha ou opção.

Com a revelação por parte de Freud, da existência do inconsciente, a sexualidade ganhou dimensão científica mais ampla, em especial, no início do século passado. Os fenômenos de ordem sexual e afetiva passaram a ser analisados na esfera do desejo. Por isso, o Direito, apesar de lentamente, tem avançado no que diz respeito à proteção da livre orientação sexual das pessoas. A homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade, passaram a ser compreendidas no campo da Psicologia, como naturais nuances da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes. Por muito tempo, a sexualidade e suas formas de expressão, foram deturpadas pela malícia humana e seu preconceito. **(Silva Júnior, 2008)**

Expressões como “opção sexual”, “escolha sexual”, “transtorno”, “perversão” e “inversão”, não cabem mais diante da nova visão de sexualidade. As variantes do desejo devem ser entendidas como possibilidades afetivas naturais da orientação sexual humana.

Segundo Freud, em torno dos quatro ou cinco anos de idade as pessoas começam a “perceber” sua orientação sexual, que irá determinar o que aquela criança é capaz de atrair e como desejará se relacionar afetivamente (apud. Enézio, 2008, p.57).

O fato é que, existem inúmeras teorias tentando justificar essa diferenciação de desejos do ser humano, porém nenhuma delas é aceita como final e esclarecedora. Na verdade, talvez não devesse a sociedade se preocupar tanto com a descoberta de uma possível causa, tratando, muitas vezes, as variantes da sexualidade, como doença, o que já está comprovado não ser.

Em 1995, com a revisão do CID (Código Internacional de Doenças), a homossexualidade deixou de ser considerada doença, e o sufixo “ismo” foi substituído pelo

sufixo “dade”. O primeiro significa desvio, patologia ou transtorno, ao passo que o segundo corresponde a modo de ser.

Como dito acima, a homossexualidade existe desde tempos remotos. Civilizações primitivas, no Oriente Médio e no Mediterrâneo Oriental apresentavam em sua cultura relações homossexuais. Também há relatos entre as civilizações romanas, egípcias, gregas, assírias e outras. Mas foi entre os gregos que obteve maior espaço e aceitação, em que possuía características como a intelectualidade, estética corporal e ética comportamental (Silva Júnior, 2008).

Com o início da Era Cristã, a homossexualidade viveu um de seus piores momentos. O casamento heterossexual era tido como sacramento, não sendo admitidas quaisquer outras formas de manifestações afetivas, a não ser aquelas existentes entre homens e mulheres. A sodomia (denominação da cúpula anal neste período) era considerada o crime-pecado mais vil, sujo e torpe pelos teólogos.

Fatores como declínio da influência da Igreja, a separação desta com o Estado, a valorização psicológica e jurídica do afeto formam as bases das mudanças na forma de agir e julgar a sexualidade e suas variações. Freud também foi grande colaborador. Em 1905, nos três Ensaio sobre a Teoria da Sexualidade, revisou de forma crítica, as teorias a cerca da atração de pessoas pelo mesmo sexo, até então definida como perversão. Também os homossexuais passaram a se organizar, em grupos de pressão, em busca da defesa de seus direitos de cidadania. As pessoas passaram a não mais esconder seus desejos e sentimentos, e buscar, juridicamente, proteção para que o fizessem sem represálias (Silva Júnior, idem).

Na busca de uma visão mais coerente sobre a homossexualidade, surgem vocábulos novos a fim de cumprir tal tarefa, quais sejam: homoerotismo e homoafetividade. O primeiro do psicanalista Jurandir Freire Costa e o segundo que enfatiza o afeto como justificativa das uniões de pessoas atraídas pelo mesmo sexo pertence a jurista e desembargadora Maria Berenice Dias, que vem lutando pela defesa dos direitos desta classe (Silva Júnior, idem).

Por fim, a Constituição Federal Brasileira, em seu art. 1º, inciso III, traz como objetivo/ princípio fundamental da nação, a Dignidade da Pessoa Humana e também veda, em seu artigo 3º, inciso IV, qualquer tipo de discriminação, com base em origem, raça, etnia, sexo. Sendo assim, qualquer ação ou omissão, que desqualifique ou diferencie uma pessoa, em função de sua orientação sexual, será considerada inconstitucional, merecendo ser repreendida.

3.4 Da União Homoafetiva

Como estudado em item anterior, o conceito de família vem passando por diversas transformações. Não se restringe mais àquela formada por homem, mulher e filhos. Hoje o elemento base de uma família é o afeto. E este pode ser encontrado em qualquer relação entre os seres humanos, mesmo sendo eles, de mesmo sexo, no caso, formando as Uniões Homoafetivas. Como bem coloca Enézio de Deus Silva Júnior:

O amor, destarte, que não comporta barreiras e nem se curva ante o preconceito, é o responsável por todos os sentimentos, aptidões emocionais e desejos comuns aos indivíduos (independente da atração sexual que os movimenta), a exemplo do preparo para a maternidade, para a paternidade, bem como do desenvolvimento da estabilidade e do compromisso afetivo mútuo, que formam uma base familiar. **(2008, p.72)**

No âmbito internacional, já se encontram relevantes precedentes no tocante ao reconhecimento das famílias homoafetivas. Na Holanda, a união homossexual foi equiparada ao casamento tradicional, e esta conta com a aprovação da maioria da população. A equiparação é total, inclusive em relação à adoção. Dinamarca, Suécia e Noruega já reconhecem os casais homossexuais, resguardando-lhes quase todos os direitos dos casais heterossexuais. Na Bélgica, já não existe mais qualquer vedação ao casamento homossexual, sendo este então permitido; na França, temos o “Pacto Civil de Solidariedade”, que regula a situação daqueles não protegidos pelo casamento. Nos EUA, o Estado de Vermont, conferiu a união homossexual o status jurídico de casamento, e também outros estados o fizeram. Lá cada estado tem autonomia para decidir sobre essa matéria. Também na Argentina, em Buenos Aires, foi criada a união civil, não igual ao casamento, mas que a ele se equipara em direitos e deveres. O Supremo Tribunal Inglês (Inglaterra) conferiu às relações estáveis entre homossexuais o status de família. Como se vê, é crescente no mundo o reconhecimento dos direitos dos homossexuais (Silva Júnior, *idem*).

A legislação brasileira não proíbe as uniões homoafetivas, porém é omissa nas questões a cerca deste assunto. Portanto não há proteção da união homoafetiva como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro. Maria Berenice Dias tem posição bastante crítica sobre essa omissão do legislativo: “O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedem direitos às minorias alvo da discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a

ausência de lei não significa inexistência de direito. Tal omissão não quer dizer que são relações que não merecem a tutela jurídica” (2011, p. 197).

Projetos, como a Proposta de emenda Constitucional que visa inserir entre os objetivos fundamentais do Estado, o de promover o bem de todos sem preconceito de orientação sexual (PEC 139/95); e o projeto da parceria civil (PL.1151/95), estão no Congresso há mais de dez anos sem sua devida apreciação.

Apesar do Brasil se sagrar um país laico, onde a legislação não deve se ater a nenhuma crença, alguns segmentos religiosos ainda estão presentes com grande força em nosso sistema legislativo. Tal fato atrasa e dificulta o reconhecimento jurídico de certas questões, como as que envolvem os homossexuais.

3.5 Avanços jurisprudenciais

Em um passado não muito distante, as uniões homoafetivas eram vistas pela justiça como sociedades de fato, conferindo-lhes apenas efeitos de ordem patrimonial. Estavam inseridas no direito das obrigações, e o que ocorria ao final de uma relação era uma verdadeira divisão de lucros. Por outro lado, muitas demandas envolvendo relacionamento afetivo homossexual foram extintas, justificando-se os juízes, pela carência da ação, alegando impossibilidade jurídica dos pedidos.

Felizmente, hoje a situação vem mudando. A jurisprudência, cumprindo papel importante diante da omissão do legislativo, vem reconhecendo uma amplitude maior de direito aos homossexuais.

Em histórica decisão, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu por unanimidade a equiparação das Uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres prevista no art. 1723 do Código Civil/2002. Foram também reconhecidas como entidade familiar. Tal fato ocorreu em 05/05/2011, onde o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Esta decisão dispõe de eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do judiciário e à administração direta e indireta.

Apesar de algumas críticas, como bem defende Maria Berenice Dias, “o Supremo não exortou de suas funções, não legislou. Simplesmente deu adequada interpretação à Constituição Federal quando tratou de família” (2011, p. 207).

Certamente o Supremo Tribunal Federal utilizou como fonte para assim decidir, analogia, os costumes e os princípios constitucionais, tais como o da dignidade humana (Art. 1º, III), da vedação à discriminações (art. 3º, IV), da igualdade (art. 5º, caput). O julgador de primeira instância também deverá tê-los como base na aplicação da legislação infraconstitucional.

Outros órgãos já vêm reconhecendo os direitos decorrentes da União homoafetiva, tratando-a como entidade de familiar, como o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, a Receita Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social.

Os avanços jurisprudências tem sido importantíssimos para garantia dos interesses homossexuais, não os deixando de lado, como faz o legislativo. Porém ainda há caminho árdua e longo a seguir, muitas questões ainda se encontram desamparadas legalmente, como o casamento e a adoção. Por isso se faz urgente e necessária a manifestação do legislativo, em busca de leis que regulamentem tais situações.

Importante observar, nas decisões abaixo relacionadas, o importante papel do Judiciário ao reconhecer à União Homoafetiva e lhe conferir a condição de família:

STF - RE 477554 AgR / MG - MINAS GERAIS
 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 16/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA

DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como

expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

No mesmo sentido

STJ - Processo Resp 1199667/MT 2010 0115463-7

Relatora Ministra Nancy Andrighi Data Julgamento 19/05/2011 Public. 04/08/2011

Ementa

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO.

PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal - a de união estável - com a evidente exceção da diversidade de sexos.

4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

6. Recurso especial não provido.

4- ADOÇÃO

4.1 Histórico

A adoção tem sua origem em sentido religioso, devido ao dever de perpetuar o culto doméstico. O homem era obrigado a se casar, e possuir filhos. Qualquer problema que impedisse a procriação devia ser solucionado. O divórcio era concedido em caso de esterilidade, em caso de impotência ou morte pré-matura, haveria substituição do marido por um parente, e em último caso se recorria à adoção, em busca de se evitar a extinção da família.

O culto doméstico deveria ser mantido a qualquer custo, e pela adoção, o indivíduo poderia ter filhos, perpetuando-o.

Em Roma, se verificavam duas formas de adoção, a ad-rogação e a adoção propriamente dita. Segundo a primeira, adotava-se a pessoa e todos seus dependentes. Para tal ato, era necessária intervenção do Poder Público, o consentimento do adotante e do adotado, além da anuência do povo.

Na adoção propriamente dita, adotava-se somente uma pessoa. Havia cerimonial complicado, perante o magistrado, onde se extinguiu pátrio poder do pai natural, transferindo-o para o adotante.

Havia também uma terceira forma de adoção, a testamentária, onde se recorria ao testamento para efetuar a adoção. Questionava-se se era mesmo outra forma, ou não passava da ad-rogação. Por seu intermédio, o adotante recorria ao testamento para efetuar a adoção desejada. (Monteiro, 2007)

Ocorreu mais tarde, através do Imperador Justiniano, simplificação do instituto: “bastava que os dois pais de família (adotante e pai natural) comparecessem perante o magistrado, levando consigo o filho adotivo. Perante aquele se lavrava então o ato de adoção” (Monteiro, 2010, p. 335).

Durante a Idade Média, entrou em desuso. Adoção perdera a base religiosa que lhe dava alento. Com o código civil francês, tal instituto foi retirado do esquecimento, e assim posteriormente irradiou-se para quase todas as legislações modernas.

Por muito tempo, a adoção era vista de uma forma negativa, não possuindo muitos adeptos. Era encarada simplesmente como forma de transmitir herança e nome em famílias aristocráticas. Também era uma forma de se introduzir ao meio familiar, filhos incestuosos e adulterinos, burlando a proibição legal da época de se reconhecê-los; além de ser causa de ingratidões e arrependimentos. Cuidava-se de instituto supérfluo, pois os motivos da adoção,

não eram o acolhimento de filhos de outrem, nem proteger criaturas desvalidas e abandonadas.

Hoje em dia, o pensamento é contrário, a adoção é vista de outra forma, e desempenha papel importantíssimo. Conforme Washington de Barros Monteiro: “Trata-se de instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, que constitui válvula preciosa para casamentos estéreis, assim dando aos cônjuges os filhos que a natureza lhes negara” (2007, p. 336).

Regulada pelo Código Civil de 1916, a adoção chamada “simples”, era permitida tanto para menores quanto para maiores. Só poderiam adotar quem não possuísse filhos. Era passada em escritura pública e só vinculava como parentes o adotante e o adotado.

Em 1965, com a Lei 4655, surge mais uma modalidade de adoção, a Legitimação adotiva, que era irrevogável, dependia de decisão judicial e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. Com o Código de Menores, em 1979, esta foi substituída pela adoção plena. Estendeu-se o vínculo parentesco à família dos adotantes, e o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado.

Grande avanço foi trazido pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 227, parágrafo 6, pôs fim a qualquer distinção entre filiação e adoção, dando aos filhos direitos e qualificações idênticos, proibindo as designações discriminatórias..

Mesmo no que se refere à adoção de maiores não há que se fazer qualquer diferenciação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, passou a regular a adoção de menores de 18 anos, garantindo-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios. Suas regras devem prevalecer, pois se trata de legislação específica, que atende de forma criteriosa, ao melhor interesse dos menores.

As regras ainda remanescentes do Código Civil de 1916, que regulamentavam a adoção de maiores, foram consideradas inconstitucionais após a CF/88. Pois esta estabelecia diferenciações em sede de direitos sucessórios.

Em 2002, com a promulgação do novo Código Civil, grande polêmica se instaurou, pois este trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Porém a Lei de Adoção (Lei 12.010/2009) delega, de modo expresso, ao ECA, a adoção de crianças e adolescentes, dizendo também que se apliquem seus princípios à adoção dos maiores de idade.

4.2 Conceito

A filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico- a adoção, ato este que está condicionado à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício (paternidade-maternidade) de filiação entre pessoas estranhas. Constitui parentesco eletivo, já que decorre exclusivamente de um ato de vontade.

A proibição constitucional às referências discriminatórias e a proteção integral, alteraram profundamente a expectativa da adoção. Hoje a adoção não se volta mais exclusivamente para os adultos que não podem ter filhos, significa muito mais a busca de uma família para uma criança. Conforme entendimento de Paulo Lôbo : “A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas” (2010, p. 144).

A Constituição Federal de 1988 garantiu aos filhos, os mesmos direitos e qualificações, sendo eles vindos do casamento ou não, naturais ou adotados. A partir da sentença judicial, e do registro de nascimento, o adotado é filho. Este agora terá direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Também terá deveres de respeito e de obediência. Aos pais cabe a guarda, criação, educação e fiscalização.

Com a adoção, encerram-se os vínculos do adotado com seus pais biológicos, a exceção dos impedimentos ao casamento. O adotado agora será parente de toda família do adotante, tanto em linha reta, como em linha colateral. O mesmo ocorre com os filhos biológicos do adotante.

A adoção é irrevogável, conforme determina o ECA, sendo assim, rompe todos os laços com a família natural, e a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais biológicos (Art. 49,ECA). Porém existem casos, em que os adotantes devolvem as crianças que adotaram. Essa situação não está prevista em lei, mas infelizmente acontece. A criança será novamente disponível a adoção. A Jurisprudência vem determinando aos pais adotantes o dever de pagar alimentos ao filho, até que este seja novamente adotado. Tais valores servem para custear tratamento psicológico da criança que teve mais uma perda.

Apesar da doutrina resistir em concordar, com a morte dos pais adotivos, poderão os pais biológicos adotar o filho, não existindo vedação legal para tal. O filho, agora órfão, poderá ser adotado pelos seus pais naturais.

O ECA incentiva a permanência de crianças e adolescentes em sua família extensa, ou seja, com seus parentes naturais. Porém, o mesmo veda a adoção por ascendentes ou entre

irmãos, nestes casos deve se preferir a concessão de guarda ou tutela. Sendo assim, avós não adotam netos, nem irmãos uns aos outros. No que se refere à adoção entre parentes colaterais de 3º e 4º graus, não há qualquer vedação, um tio pode adotar um sobrinho por exemplo.

A alteração do sobrenome do adotado será obrigatória, se ocorrer à adoção. Constará do novo registro, o nome dos pais e de seus ascendentes como avós. Poderá haver alteração do prenome, em adoção de criança ou adolescente. Se a alteração parte do adotante, o adotado deve consentir. Se aquele for maior de 12 anos, o seu consentimento será colhido em audiência.

O ECA prevê em seu artigo 42, a idade mínima para adotar - agora em consonância com a regra da capacidade do Código Civil, artigo 5º - de 18 anos. Também dispõe que deve haver diferença mínima entre adotante e adotado, de 16 anos. Essa distância busca imitar a vida, pois é a diferença normal em anos para a procriação. Se forem dois os adotantes, basta que exista essa diferença somente com um. Tal regra pode ser flexibilizada, se houver por exemplo, período de convívio que permita a formação da filiação efetiva.

A lei não faz referência ao estado civil de quem deseja adotar, não importa se é casado, solteiro, divorciado ou viúvo. Nos casos daqueles que vivem em União Estável ou são casados, a adoção pode ser pleiteada somente por um do par, bastando que o outro concorde. A lei também não faz qualquer restrição quanto à orientação sexual do adotante.

Em duas hipóteses será dispensado o consentimento dos pais ou do representante legal: a) se estes forem desconhecidos; b) se estes tiverem sido destituídos do poder familiar. Parte da doutrina sustenta que, nestes casos, o procedimento judicial seria até dispensável. Se o adotando já estiver convivendo com os pais adotivos, será descabida a manifestação dos pais biológicos. Se houver recusa de um desses genitores, há de ser justificado.

A adoção pode ser concedida a uma ou duas pessoas. Na adoção conjunta, o casal deve ser “casado” ou viver em União Estável. Esta será comprovada com documentos. Porém, como sustenta Maria Berenice Dias a respeito da União Estável: “É instituto que não requer prova escrita. Trata-se de situação fática que se caracteriza pela convivência entre pessoas que têm o desejo de, entre si, constituir família. É o que basta” (2011, p. 487).

A Lei é omissa, no que se refere à adoção por casais homoafetivos. Porém não há de ser excluída tal possibilidade, pois também constituem entidade familiar. Fazendo jus à adoção, como vem entendendo a Jurisprudência.

Se o estágio de convivência familiar se iniciar na constância da união, a adoção poderá ser concedida aos divorciados, aos juridicamente separados e aos ex-companheiros. Deve

haver acordo sobre a guarda e regime de visitas. Pode-se conceder a guarda compartilhada se beneficiar ao adotado.

Nos casos de tutela e curatela, devem os responsáveis prestar contas de sua administração. Não poderão os mesmos se valer da adoção para subterfúgio, e não prestar contas.

Em 2009, a Lei 12010, chamada Lei da Adoção, surge buscando agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência da criança e adolescente em instituições. Trouxe nova redação aos artigos 1618 e 1619 do CC, e revogou os demais, ficando exclusivamente a cargo do ECA a adoção de crianças e adolescentes. Também eliminou os prazos diferenciados da licença maternidade, dependendo da idade do adotado.

Conforme Maria Berenice Dias a respeito da referida lei “muitas das mudanças são meras trocas de palavras: o que era chamado de abrigo passou a ser chamado de acolhimento institucional (ECA 90 IV). Foi priorizado o acolhimento familiar, nada mais do que pessoas que se habilitam, mediante pagamento, para temporariamente permanecerem com crianças” **(2011, p. 488).**

Dentre os méritos da lei, pode-se citar a garantia dada ao adotado de se conhecer sua origem biológica e de ter acesso ao processo de adoção. Também a manutenção de cadastros estaduais e nacionais, de adotantes e de crianças aptas a adoção. Deve haver preferência da manutenção das crianças em sua família do que em instituições. Os pais terão direito de visitas e devem prestar alimentos aos filhos quando colocados sobre guarda de terceiros. Os irmãos devem ser colocados na mesma família substituta, assim como as crianças indígenas ou vindas de quilombo, devem estar junto à sua comunidade ou membro da mesma etnia.

Não há como se efetivar a limitação imposta para permanência em instituições, pelo prazo máximo de dois anos, porque simplesmente não há onde colocá-las.

Grande é a crítica a nova lei. Seu intuito era agilizar o processo de adoção, porém houve mais entraves para tal. Não há dúvidas que preferencialmente, deva-se manter as crianças junto às suas famílias naturais, porém há casos em que assim não é possível. Por onze vezes, faz referência a prioridade da família natural. Mas nos casos em que não se é acolhido no seio da família biológica a adoção é o melhor caminho, visto que atende o melhor interesse da criança.

4.3 Formas de Adoção

Várias são as formas conhecidas e descritas pelos doutrinadores de adoção. Algumas outras também são consideradas embora não sejam reconhecidas explicitamente pela legislação.

Durante muito tempo um dos tipos informais de adoção era a do chamado filho de criação, criança que convivia no seio de uma família mesmo sabendo da inexistência de vínculo biológico. Tal nomenclatura é pejorativa e discriminatória, e deve ser abolida. A palavra filho não deve ter qualquer adjetivação. A jurisprudência ainda resiste em conceder a quem foi criado como filho, seus direitos daí decorrentes.

Por outro lado não há mais como sustentar a possibilidade de adoção antes do nascimento, o que era permitido no Código Civil de 1916. A mãe que manifestar interesse em entregar o filho à adoção, será encaminhada a juízo, mas somente após o nascimento do filho poderá consenti-la.

Ao adotado, a partir dos 18 anos, é dada a faculdade de investigar e ver declarada sua origem biológica, assim como ter acesso irrestrito ao processo de adoção, conforme dispõe o artigo 48 do ECA. O processo deverá ser então arquivado para que possa ser conhecido pelo adotado. Seja por mera curiosidade, ou em respeito ao direito de reconhecer a origem biológica, até mesmo para efeitos médicos. A declaração da paternidade genética não desconstitui a filiação gerada pela adoção.

Recentemente tem-se o surgimento da adoção por homossexuais, sejam sozinhos, ou em conjunto. Esta forma de adoção será analisada em apartado.

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias (2011), podem existir as seguintes formas de adoção:

4.3.1 Unilateral

Essa “espécie” de adoção ocorre quando um casal (os dois ou apenas um) possui filhos de relações anteriores, e o novo parceiro decide adotar os filhos de seu(sua) companheiro(a). Com a formação de um novo núcleo familiar, há o desejo de se consolidar os laços familiares do par e também em relação aos respectivos filhos. O ECA permite essa forma de adoção, e se deferida, não irá interferir no vínculo de filiação com relação ao pai ou mãe biológica. A criança continuará registrada em nome do pai ou mãe biológica e será procedido o registro da companheira ou companheiro como pai ou mãe (adotivos). O adotado mantém os vínculos de

parentesco com o pai (ou mãe) biológico e agora terá os vínculos com o pai (ou mãe) adotivos. O enteado poderá acrescentar o sobrenome de seu padrasto ou madrastra, sem a necessidade de autorização do genitor. Neste caso, o pai(ou mãe) biológico não perde o poder familiar. Caso o padrasto venha a falecer o enteado, se comprovada dependência econômica, terá direitos aos benefícios previdenciários. São três as possibilidades para a adoção unilateral:

- 1) Quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro;
- 2) Reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar;
- 3) Em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.

Esta última hipótese, não tem total aceitação doutrinária. Questiona-se se o cônjuge sobrevivente teria o direito de dispor da identidade e nome do filho. Em razão de o falecido não poder se manifestar, não tem se admitido essa forma de adoção. Porém entende, Maria Berenice Dias, que se o adotando, maior de 12 anos, concordar com a nova paternidade, não há porque negá-la. Deve-se resguardar aos avós biológicos o direito de visita.

4.3.2 Adoção de maiores

Questiona a doutrina se a adoção de maiores de 18 anos deve ou não ser mantida. Aqueles que defendem sua extinção, justificam-se no fato de a mesma ferir a fidelidade do instituto, pois normalmente seria usada para se atender interesses escusos ou duvidosos, de ordem patrimonial ou econômica. Entendimento contrário possui Sérgio Gischkow Pereira:

A adoção é instituto por demais sublime e grandioso para que se amesquinhe com exegeses restritivas, alicerçadas no fechamento egoístico da família consanguínea, em estranhas concepções sobre meias-filiações e no aceitar de uma desigualdade que só provocará problemas psicológicos ao adotado, tudo em nome de interesses menores, porque puramente patrimoniais, ou seja, vinculados à herança (2007, p. 123).

O Código Civil apenas estabelece que haja assistência efetiva do poder público, sendo necessária a via judicial para adoção de adultos. O estágio de convivência é desnecessário, sendo fundamental manifestação de vontade do adotado e adotante.

4.3.3 Adoção Internacional

Muitos não vêem com bons olhos essa forma de adoção. Existe o medo de que essa se torne forma de praticar tráfico internacional de crianças, ou ainda pior, forma de se comercializar órgãos. Por outro lado, é também forma de proteger aqueles abandonados por sua família, dando-lhes oportunidade de vida.

A CF em seu artigo 227, §5º, admite tal forma de adoção, e delega à lei os casos e condições de sua efetivação por estrangeiros.

Cabe ao ECA tal função. Porém as exigências são tantas que dificilmente essa possa acontecer. Exemplo destas, é a exigência de que devem ser esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira.

O país de residência do adotante será chamado de país de acolhida. Haverá participação das autoridades centrais Estaduais e Federal, podendo participar também organismos nacionais e estrangeiros. Estes devem apresentar semestralmente relatórios pós adotivos, e a cada ano, relatórios sobre acompanhamento das adoções internacionais.

4.3.4 Póstuma

Ocorre adoção póstuma, nos casos em que o adotante falece no curso do processo. Neste caso, excepcionalmente, a sentença que concede a adoção retroage à data do falecimento.

Existe a exigência de que, para deferimento da adoção após o falecimento, a ação já esteja proposta. No entanto, esta tem sido afastada pela Jurisprudência, a partir de uma decisão do STJ. Se houver inequívoca manifestação do adotante, a adoção poderá ser deferida mesmo após sua morte. Mesmo que não tenha se iniciado o processo de adoção, a justiça convalida o desejo do falecido (2011, p.495).

4.3.5 “À brasileira” ou afetiva

Quando o companheiro perfilhar o filho da mulher, registrando-o em seu nome, como se fosse seu descendente, ter-se-á a adoção à brasileira ou afetiva. Tal prática, comum no Brasil, constitui crime contra o estado de filiação, porém não tem havido condenações, pelo afeto que envolve essa forma de agir.

Com o rompimento do vínculo afetivo do casal, muitos pais buscam desconstituir o registro, para não arcarem com os alimentos devidos ao filho. Porém somente será cancelado o registro, se não tiver havido vício de vontade. Aquele que registra filho alheio como próprio, sabendo não ser verdadeira a filiação, não terá a paternidade cancelada. Nestes casos, o procedimento correto é a adoção do filho da companheira (Unilateral) e não seu registro indevido.

Não reconhecida a filiação sócio-afetiva, e se for desejo do adotante e adotado, poderá se admitir a anulação do registro.

4.3.6 Intuito personae

São circunstâncias variadas. Quando uma mãe deseja entregar o filho à determinada pessoa. Quando alguém decide adotar determinada criança, que encontra no lixo por exemplo; também quando se desenvolve vínculo afetivo entre quem trabalha em instituições e alguma criança lá abrigada.

Porém, segundo determinação do ECA, deve existir cadastro duplo, um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar. Para inclusão nesse rol, os pretendentes devem ser considerados aptos à adoção, após se submeterem a entrevistas e a estudos social e psicológico.

Existe forte tendência em se sacralizar esta lista de preferência, e não permitir a adoção para pessoas não inscritas. Os casos acima citados, de adoção intuito personae, não são deferidos. Aqueles são casos em que não se deve atentar a lista. Muitas daquelas pessoas nunca pensaram em adotar, razão pela qual não se inscreveram. Sendo assim, deveria haver certa flexibilização nestes casos, concedendo a adoção intuito personae.

Se uma mãe entrega seu filho a quem deseja que o adote, o Ministério Público ingressa com busca e apreensão, levando a criança para uma instituição.

4.4 Processo de Adoção

A Adoção, seja de crianças e adolescentes (ECA. 47), seja de maiores de 18 anos de idade (CC 1619), só pode ocorrer mediante processo judicial. Não cabe a adoção por procuração, é necessária participação do Ministério Público.

Os candidatos à adoção devem se habilitar, a petição inicial deverá ser acompanhada de uma série de documentos, entre eles: comprovante de renda e de domicílio, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível. Deve também indicar o perfil de quem pretende adotar. Pode o Ministério Público, requerer audiência para ouvir os postulantes e testemunhas.

Os candidatos, para que sejam inscritos, devem passar por um período de preparação psicossocial e jurídica. Devem freqüentar programas de preparação psicológica, orientação e estímulo a adoção inter-racial, de crianças maiores, etc.

Outra exigência é incentivar o contato dos candidatos com crianças e adolescentes em instituições de abrigo. Tal fato expõe as crianças à visitação, e pode gerar falsas expectativas, decepcionando ambas as partes, razão pela qual é criticado por boa parte da doutrina.

Se a habilitação for deferida, o candidato será inscrito nos cadastros. A ordem estabelecida nestes (cronológica) é respeitada quase sem reserva alguma.

As ações de adoção de maiores correrão juntas às varas de famílias, já as de crianças e adolescentes, junto às varas da infância e juventude.

O ECA dispõe, em seu artigo 46, sobre a necessidade do estágio de convivência, período em que se avaliará a conveniência da constituição do vínculo. Este poderá ser dispensado, a critério do juiz quando o adotando já estiver sobre tutela ou guarda por tempo suficiente para tal avaliação. O estágio deve ser acompanhado por equipe interprofissional, que apresentará relatório minucioso sobre este.

Os adotandos maiores de 12 anos serão ouvidos indispensavelmente. Os menores serão ouvidos por equipe interprofissional. Sempre que possível, sua opinião deve ser considerada. Dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, que as opiniões das crianças sejam levadas em consideração segundo a sua maturidade. Elas devem ser ouvidas independentemente de sua idade, de seu domínio de linguagem falada e grau de maturidade.

As ações de adoção devem ter preferência, segundo a Lei da Adoção. Para interposição de recurso, é desnecessário o preparo, e seu prazo é de dez dias (com exceção do agravo de instituição e dos embargos de declaração).

Com o deferimento da adoção, haverá a destituição do poder familiar. Para tanto se exige a aceitação dos genitores como litisconsortes necessários. O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença. Porém a simples discordância dos pais biológicos não leva ao indeferimento da adoção. Qualquer arrependimento após a sentença será ineficaz.

A sentença será averbada no registro civil, não havendo qualquer referência à origem do ato. Não deve constar no registro de nascimento nenhuma observação sendo vedado

fornecimento de certidão, conforme dispõe o artigo 47 do ECA: “O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

4.5 Adoção por casais homoafetivos

Após estudar o instituto da adoção e abordar a nova visão da família, será tratado em específico a adoção por casais homossexuais, sua viabilidade de dentro do ordenamento jurídico brasileiro, os princípios que a regem, os motivos justificadores para que não ocorra, entre outras questões.

Como em diversos pontos polêmicos, o legislador brasileiro tem sido omissos, não cumprindo sua função, que é regular situações desamparadas pela lei. A adoção por casais homossexuais é um dos pontos mais polêmicos na sociedade brasileira e que ainda não possui amparo legal.

Maria Berenice Dias, de forma brilhante afirma que “não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação. O estado não pode se omitir e deixar de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade”. (2011, p.208)

Como se vê, o legislativo não deve fechar os olhos diante de uma situação concreta que carece de amparo legal.

O Estado brasileiro é livre, e é cada vez mais comum as pessoas buscarem a felicidade da forma que entendam justa, e em busca de proteção legal recorrem ao Judiciário. É o caso dos casais homossexuais que, no anseio de constituir uma família, recorrem a adoção de crianças, com o intuito de transferir-lhes, entre outros direitos, seus respectivos sobrenomes. Como base nos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e no artigo 126 do CPC, não pode o Estado-Juiz negar-lhes julgamento alegando lacunas na lei.

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

Artigo 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 Jurisprudência tem sido importante aliada, visto que de forma humana e em busca do melhor interesse da criança tem reconhecido o direito em questão.

E como defende Enézio de Deus Silva Júnior, não merece críticas, pois, “a urgência de os magistrados realizarem uma interpretação justa, humana e socialmente útil das leis, capaz de reconhecer os direitos emergentes das uniões entre homossexuais e de lhes possibilitar o acesso à justiça, compreende-se e justifica-se, dentre outras razões, pela omissão do Poder Legislativo”. **(2008, p.178)**

Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu e equiparou as Uniões homoafetivas às Uniões estáveis. Foi grande passo e certamente será impulsionador de outros, assim como a adoção. Com base nesta, faz-se mister a análise dos dois dispositivos abaixo citados:

Artigo 1622: Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

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

Parágrafo 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.

Como se vê, o Código Civil, em seu artigo 1622 é claro em permitir a adoção em face daqueles que vivem em União Estável. E o dispositivo constitucional citado (artigo 226, parágrafo 3º) a reconhece como entidade familiar, garantindo a ela proteção especial do Estado.

Ora, se é permitido aos que vivem em União Estável adotarem, sendo que a Lei Maior os reconhece como família, não há que se questionar a possibilidade dos casais homoafetivos adotarem, se vierem a preencher os requisitos legais. Entre estes últimos, não está prevista a orientação sexual.

Entre os Princípios constitucionais aplicáveis neste caso, pode-se destacar o da Igualdade:

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

Parágrafo 1º: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Com base neste, conclui-se que todos são iguais perante a lei. Sendo assim, permitir a adoção a uma família heterossexual e negar a uma homossexual, seria ferir de forma clara a garantia constitucional acima citada.

Merece também destaque, a inovação trazida pela Lei Maria da Penha:

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

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

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

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

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

A lei é clara, e ao estabelecer que para preenchimento dos seus requisitos, não há que se observar orientação sexual, reforça o novo conceito de família. Sendo então, a união de pessoas do mesmo sexo considerada família, é justo que esta venha a ter filhos.

Outro princípio que deve ser analisado quando da adoção de menores, é o do Melhor Interesse do Menor. Consagrado em 1989, com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, traz o mínimo de garantias e direitos às crianças. Trata-se de documento com regras a serem seguidas por seus países signatários, dentre estes está o Brasil, que ratificou a Convenção através do decreto 99710/90. Sendo assim, ao conceder a adoção, necessário observar se esta atenderá ao “Melhor interesse do menor.”

O ECA, em seu artigo 101, parágrafo único, estabelece que “o abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

Porém o que ocorre é o contrário. Nestas instituições de abrigo existe grande número de crianças que passam longos períodos ou mesmo toda a sua infância e adolescência. Questiona-se então: O que atende o melhor interesse do menor? A permanência em abrigos, onde ele não terá referência familiar, identidade, privacidade, atenção e afeto

individualizados; ou que este faça parte de uma família, onde certamente irá encontrar o que não se encontra em abrigos. Certamente será a segunda opção.

Outra questão que também não atende ao comando ora tratado é a prática, comum entre os casais homoafetivos, da adoção por parte de somente um do par. Na adoção por solteiros não se faz qualquer pergunta sobre a opção sexual, razão pela qual se dá de forma mais fácil que a adoção pelo casal. Ocorrendo assim, o menor ficará resguardado somente em relação a um do casal. Por exemplo, ficará ele sem os direitos sucessórios do seu outro pai ou mãe, assim como sem seu sobrenome. Fica claro que esta prática não atende o Melhor interesse do Menor.

Dentre os vários motivos para negativa da adoção nestes casos, estão, a possibilidade da opção sexual dos pais influenciar a dos filhos adotados, e a possibilidade destes sofrerem discriminações e constrangimentos perante a sociedade. No que se refere à primeira, não procede. Se assim fosse, filhos de casais heterossexuais não seriam homossexuais. Uma pessoa não se torna homossexual, já nasce. Realmente, existe a possibilidade de a segunda hipótese ocorrer, já que se vive em uma sociedade deveras preconceituosa. Porém neste caso, a assistência de um psicólogo, e o amor da família servirão de alicerce para superação deste problema.

Como foi visto durante este trabalho, a jurisprudência tem sido valiosa fonte jurídica, ante ao lapso legislativo existente em nosso ordenamento jurídico pátrio a cerca de alguns temas polêmicos, como a adoção por casais homossexuais. Nas decisões abaixo relacionadas, pode-se observar a posição do judiciário, que vem acenando com a possibilidade do pedido ora tratado.

STJ REsp 889852 / RS

RECURSO ESPECIAL

2006/0209137-4 Relator Luis Felipe Salomão Data 27/04/2010

Ementa

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

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea 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.

No mesmo sentido

Data 24/05/2011

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER - ADOÇÃO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - POSSIBILIDADE - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA - FINS SOCIAIS DA LEI - ADOÇÃO CONJUNTA - CASAL DO MESMO SEXO - DIREITO RECONHECIDO - NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA BASEADA NO AFETO - ESTUDOS QUE REVELAM INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS - ABANDONO - SITUAÇÃO DE RISCO - AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR - BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR - RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES - EXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM A MANUTENÇÃO DO INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE - RECURSO DESPROVIDO. 1. Não obstante a ADOÇÃO não implicar, automaticamente, a destituição do poder familiar, se garantidos à genitora da criança, que não concorda com o deferimento do pleito inicial, os princípios do contraditório e da ampla defesa, nada impede a cumulação dos pedidos. Hão de se relativizar os aspectos processuais em detrimento do melhor interesse da criança. Mesmo constatada a ausência do procedimento prévio de destituição do poder familiar, se o processo atingiu sua finalidade e não causou prejuízos ao menor não há razão para extingui-lo. 2. Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à ADOÇÃO de crianças por CASAIS do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal. 3. Evidenciada nos autos a situação de risco em que se encontrava o menor na companhia da mãe biológica, além de os demais familiares não demonstrarem interesse em sua criação, e constatada as boas condições em que a criança se encontra após ter sido acolhida em família substituta que pretende adotá-la, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a conseqüente ADOÇÃO pleiteada por aquelas que mantêm verdadeiros laços afetivos com o infante, dando-lhe carinho e condições materiais para que tenha um crescimento saudável, independente do fato de serem as adotantes duas mulheres.

Ainda,

TJRS

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) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

4.6 A questão do nome

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o nome é um dos direitos da personalidade inerentes a todos os brasileiros. Nele compreendidos, pré-nome e sobrenome. Sendo assim, é direito de todas as crianças também, principalmente aquelas não inseridas em uma família, sem referência de sua ascendência, seja afetiva ou biológica.

Não menos importante que outros direitos, como saúde, educação, lazer, carinho, entre outros, tem-se o direito ao nome (prenome e sobrenome). Certamente essa garantia ao menor, atende ao princípio do seu melhor interesse. Em muitos casos, o nome será garantido através da adoção, seja hetero ou homossexual. É direito que o ser humano carrega para sempre, mesmo após a morte dos pais, ele se mantém. E não há porque negá-lo, justificando-se no fato de o mesmo, provir do nome de dois homens ou duas mulheres.

Porém essa questão é sempre levantada, quando refere a adoção por homossexuais. Geralmente desnecessárias estas são arguidas por aqueles contrários a adoção homoafetiva.

Enézio de Deus bem entende que “a existência de um registro de nascimento, no qual constem os nomes de dois homens ou de duas mulheres pode se opor aos costumes, mas não, ao ordenamento positivo pátrio” (2008, p. 160).

A certidão de nascimento contemplará os nomes dos dois pais ou das mães, informando a realidade socioafetiva na qual se insere o menor. Não existe nenhum óbice legal para que se proceda dessa forma. A Lei 6015/13 – Lei dos Registros Públicos – (artigo 95) não obsta que se proceda ao registro com o nome de dois pais ou duas mães. O que também não se encontra no E.C.A. (artigo 47), conforme dispositivos dos respectivos diplomas abaixo citados:

Art. 95 LRP - Serão registradas no registro de nascimentos as sentenças de legitimação adotiva, consignando-se nele os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os dos ascendentes dos mesmos se já falecidos, ou sendo vivos, se houverem, em qualquer tempo, manifestada por escrito sua adesão ao ato.

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

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

Nesse sentido se manifestou, recentemente, o judiciário do Estado de Minas Gerais, ao confirmar em segunda instância, por unanimidade de votos, a adoção de um menor a um casal homoafetivo feminino. Os desembargadores utilizaram para fundamentar a decisão a Lei de Registros Públicos, salientando que a mencionada lei não veta o registro de dois pais ou duas mães na mesma certidão de nascimento. A adoção havia sido deferida em primeiro grau sob o argumento que referido instituto jurídico é medida excepcional e que somente pode ser deferida se for para atender o melhor interesse da criança/adolescente conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Enézio de Deus Silva Júnior exemplifica como pode o Magistrado proceder nestes casos:

Na direção da nossa doutrina, nada obsta que o magistrado determine que, na certidão de nascimento, oriunda do desfecho do processo de adoção, conste, tão-somente: filho de:....[nome de um(a) dos companheiros(as)] e de [nome do(a) outro(a) companheiro(a)]. E que seja determinado, no lugar dos avós, que constem os nomes de todos eles, sem, necessariamente, ter que haver diferenciações entre os tradicionais “paternos” e “maternos”. Outra clara opção a ser feita pelo magistrado é, tão-somente, além desta orientação para com os nomes dos avós e avós, que conste, no lugar dos nomes “pai”, “mãe”, simplesmente, a expressão “responsáveis legais” ou, tão-somente, “sendo pais”/ “sendo mães” – de vez que, para a segurança jurídica do menor (adotado), pouco importam as palavras. **(2008, p.161)**

Como se percebe, não há restrições em se proceder dessa forma, os obstáculos partem de interpretações desembasadas e preconceituosas. Os tradicionais modelos, considerados padrões, nos cartórios do país, devem ser revistos, a fim de se adequar às novas situações que carecem de amparo, como por exemplo, as certidões de nascimento expedidas para a legitimação da dupla paternidade/maternidade homoafetiva.

Assim entendeu o magistrado gaúcho Marco Danúbio Franco ao deferir em primeiro grau a adoção dos irmãos ao casal homoafetivo feminino na Comarca de Bagé-RS. Buscando evitar constrangimentos, determinou o juiz, em sentença, que no assento de nascimento dos irmãos conste que são filhos de fulana e beltrana, sem declinar a condição de pai e mãe. A então Desembargadora Maria Berenice Dias, em acórdão que confirmou a decisão prolatada pelo magistrado, afirma que “a justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida”, não podendo, assim, negar juridicidade a essas famílias fundada unicamente no preconceito, “já que é chegada a hora de acabar com hipocrisia e atender o manto constitucional de assegurar proteção integral à criança e o adolescente”¹.

¹ BRUM, Amanda Netto. A família homoparental e o registro civil de nascimento. Disponível em www.ambito-juridico.com.br.

Outro brilhante exemplo é a certidão de Theodora Rafaela Carvalho da Gama, filha de Vasco Pedro da Gama Filho e de Dorival Pereira de Carvalho Junior. Este casal conseguiu adotar a menor em nome de ambos. A certidão é referencial de vanguarda no Brasil, e seu teor é pouco modificado em relação as demais certidões de nascimento; possui o seguinte teor:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL OFICIAL DE REGISTRO
CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E DE INTERDIÇÕES E TUTELAS DA
SEDE DISTRITO, MUNICÍPIO E COMARCA DE CATANDUVA –
ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO DE NASCIMENTO

CERTIFICO, que, às fls.362, do livro nº 109, sob o nº 63463,
de REGISTRO DE NASCIMENTOS, foi lavrada em 17 de novembro
de 2006, o assento de nascimento de:

**** THEODORA RAFAELA CARVALHO DA GAMA ****

NASCIDA, aos vinte e quatro de agosto de dois mil e um (((24 de agosto
de 2001))), às 03:00 horas, no Hospital Padre Albino, em Catanduva,
Estado de São Paulo, do sexo feminino, Filha de Vasco Pedro da Gama
Filho e de Dorival Pereira de Carvalho Júnior. ///

Sendo avós: Vasco Pedro da Gama e Aparecida de Souza Gama; Dorival
Pereira de Carvalho e Maria Helena Fernandes de Carvalho.

OBSERVAÇÃO

/// À MARGEM DO TERMO NADA CONSTA ///

O referido é verdade e dou fé.

Catanduva, SP, 17 de novembro de 2006.

Rodrigo Leandro Zaghi

ESCREVENTE AUTORIZADO

A menor, agora possui um nome e sobrenome. Possui família, um lar. O casal possui o filho. A certidão foi expedida, sem ferir o direito de ninguém. Não há motivos que justifiquem atitudes contrárias.

Na mesma linha, Maria Berenice Dias elucida que:

a resistência não se justifica nem por razões registrais. A determinação legal de que, no assento de nascimento, sejam os adotantes inscritos como pais, ocorrendo simples substituição da filiação biológica, não pode servir de justificativa para se sustentar a impossibilidade de adoção por duas pessoas do mesmo sexo. Não há nenhum empecilho de que constem como pais no registro de nascimento dois homens ou duas mulheres. Ainda que se presuma que a lei não tenha cogitado tal possibilidade, a adoção por um par homossexual é cabível².

Sendo assim, como os demais argumentos que buscam a negativa da adoção por casais homossexuais, a questão do registro da certidão de nascimento não é um deles. Soluções deveras simples foram aqui apresentadas, não se configurando contrárias a nenhum dispositivo legal ou a algum Princípio de Direito. Muito pelo contrário, pois a garantia de um registro de nascimento, onde conste a origem familiar afetiva de um ser humano é fator que merece ser reverenciado pelo direito, já que entre outros, garante a plenitude da dignidade humana, princípio constitucionalmente garantido.

² BRUM, idem.

CONCLUSÃO

A sociedade vem passando por mudanças em vários aspectos, entre os quais está a família. Como foi demonstrado neste trabalho esta possui agora várias formas de constituição, que começam a ser amparadas pelo Estado. Exemplo desta é aquela formada pelos casais homossexuais.

Em decisão recente o STF, equiparou a União Homoafetiva à União Estável, o que foi grande avanço. Porém, não é o suficiente. Ainda há uma série de questões desamparadas legalmente, como o casamento homoafetivo e a adoção homoafetiva, e o legislativo é omissa a respeito destas. Sendo assim, verificamos a importância das decisões jurisprudenciais para a solução dos litígios envolvendo estas questões. Estas vêm servindo de base para que os magistrados possam decidir tais questões, além dos Princípios Gerais de Direito.

Foi verificado que não há nenhuma determinação legal que proíba a adoção por casais homoafetivos. Em sentido contrário, o deferimento da adoção nestes casos vem garantir a muitas crianças melhores condições de vida, onde estas vão encontrar um lar e uma família, o que a vida lhes nega.

Também, viu-se a importância do nome dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Entre outros direitos, a adoção garante à criança um nome, que lhe servirá de referencial afetivo pelo resto de sua vida.

Por fim, foram demonstradas as possíveis formas de se proceder ao registro da certidão de nascimento do adotando, segundo a posição de juristas de renome no país, e também da decisão de magistrados. Como visto, a questão é de fácil solução e não ofende nenhum preceito legal ou Princípio de Direito.

BIBLIOGRAFIA

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 6015 – Lei de Registros Públicos: promulgada em 31 de dezembro de 1973.

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

_____.Lei nº. 5.869, 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____.Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____.Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei “Maria da Penha”.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção para Homossexuais. 1ª ed. 6ª tir. Curitiba: Juruá,2006.

FIUZA, Cezar. Direito Civil – Curso Completo. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado. Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva,2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Ação de alimentos. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. Editora Malheiros, 2007.

_____. A Família Homoparental e o Registro de Nascimento. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 29/09/2011.

_____. A luta pela justiça e a inércia do legislativo. Disponível em: www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em 30/09/2011.

_____. Adoção sem preconceito. Disponível em www.mariaberenicedias.com.br . Acesso em 25/09/2011.

_____. As uniões homoafetivas frente à Constituição Federal. Disponível em www.ibdfam.org.br. Acesso em 05/10/2011.