

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIENCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

POLIANA SILVEIRA CARVALHO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAS
HOMOAFETIVOS**

CURITIBA

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIENCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

POLIANA SILVEIRA CARVALHO

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS

Monografia submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

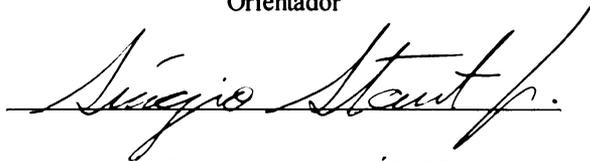
POLIANA SILVEIRA CARVALHO

A Possibilidade Jurídica da Adoção por Casais Homoafetivos

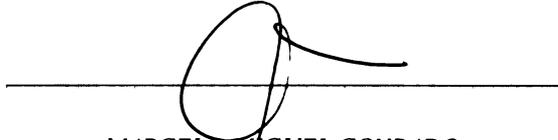
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANA CARLA HARMATIUK MATOS
Orientador



SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR
Primeiro Membro



MARCELO MIGUEL CONRADO
Segundo Membro

Dedico este trabalho com profunda gratidão aos meus amados pais, José Humberto e Matilde, que sempre me incentivaram e me apoiaram em minhas escolhas, vocês foram essenciais para o início dessa nova fase da minha vida. Em especial a minha irmã e grande amiga Fernanda, por toda a contribuição e carinho. Aos meus pequeninos e queridos irmãos Victor Hugo e Lucas que com sua alegria radiante me deram forças para concluir essa árdua tarefa. A vocês com muito carinho e muita saudade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me oportunizado mais essa experiência, iluminando e abençoando meu caminho.

Aos meus familiares pelo amor e pela confiança depositados. A distância não separa nossas vidas.

As minhas queridas amigas da UFPR, que me receberam, acolheram, por terem compartilhado comigo uma das melhores fases da minha vida, pela amizade solidificada, por entenderem minha ausência durante a realização deste trabalho e por terem feito com que eu jamais me sentisse só.

A minha orientadora, Professora Ana Carla, pela recepção nesta Universidade e pelo privilégio concedido de mergulhar neste provocante tema.

Aos meus amigos e amigas da UFMT, onde passei maravilhosos anos e Instituição esta que me oportunizou essa maravilhosa vivência.

Em especial às minhas amadas amigas Ceres, Cássia, Juliane e Manaíra e ao meu amigo Manoel Henrique, por estarem sempre presentes, pelos maravilhosos anos de cumplicidade e por me ensinarem qual é o real significado da palavra amizade. Vocês fazem morada em meu coração.

Aos meus amigos do IFPR, que fazem meus dias mais alegres e por acreditarem em meu potencial.

Por fim, a todos os amigos, de Cuiabá e Curitiba, que me acompanharam e deram apoio nesta caminhada.

“O afeto deve ser visto como uma realidade digna de tutela”.

Maria Berenice Dias

RESUMO

Esta monografia tem como enfoque a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos. Se faz necessário vencer o preconceito e conservadorismo da sociedade, religiosos, operadores do direito, técnicos do judiciário e legisladores. A afetividade deve ser vista como elemento ensejador da concessão da adoção. Os princípios da dignidade humana e da igualdade jamais podem ser suprimidos. Este trabalho monográfico baseia-se na possibilidade de encarar o outro com respeito, livre de preconceito, visualizando o processo como algo dialético, estando sempre alerta da existência de vidas envolvidas naquelas folhas aparentemente frias e estáticas.

Palavras-chave: Adoção. Casal. Homoafetivo. Igualdade. Preconceito.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA	10
2.1 SÍNTESE HISTÓRICA: DA AUTORIDADE AO AFETO	10
2.2 ENFOQUE LEGAL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CÓDIGO CIVIL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	17
3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA	22
3.1 SIGNIFICADO DO VOCÁBULO HOMOAFETIVIDADE.....	23
3.2 HOMOAFETIVIDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	25
3.3 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	30
4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO	33
4.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	35
4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES.....	38
5 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	40
5.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	42
5.2 DA OMISSÃO LEGAL: VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	46
5.2.1 Possibilidade da Dupla Parentalidade.....	49
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
BIBLIOGRAFIA	53

1 INTRODUÇÃO

Considerando que as relações familiares vêm sofrendo importantes e significativas transformações com o decorrer dos anos, é essencial que o Direito acompanhe essas modificações, na medida em que é através dele que essas novas relações virão a ser tuteladas.

Nos dias de hoje, rompe-se com o conceito tradicional de família, aquela cujo poder era exercido única e exclusivamente pelo patriarca e abre-se alas para os mais variados tipos de relações familiares, assim sendo, a família constituída exclusivamente pelo casamento e por pares heterossexuais não mais corresponde a realidade da sociedade contemporânea.

Com o constante crescimento de famílias mantidas sobre a égide da união estável, relações monoparentais e homoafetivas, torna-se necessário tutelar os direitos decorrentes de cada uma destas entidades assegurando a estas o exercício de direitos constitucionalmente garantidos às famílias ditas tradicionais, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e da não discriminação.

É dentro deste contexto de constantes modificações que se situa a luta pela possibilidade jurídica da adoção de crianças por casais homoafetivos. O tema é tormentoso e divide opiniões. No entanto, inexistente obstáculo legal a adoção homossexual. Aliás, é crescente o número de *gays* e *lésbicas* que se candidatam individualmente à adoção. Ainda que de forma tímida, vem sendo concedida a medida, não havendo mais necessidade de ocultar a orientação sexual para a habilitação.¹

A adoção não é só ato jurídico. Mais importante que o elo jurídico, é o elo afetivo, pois através desse instituto unem-se pessoas pertencentes a laços

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 438.

sanguíneos distintos, transformando-as em uma família. Segundo Maria Helena Diniz é:

o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.²

São necessárias ainda inúmeras transformações no pensamento e prática jurídica para que os direitos dos homossexuais venham a ser regulados por lei. Mas o argumento da ausência de legislação pertinente ao instituto da adoção por homossexuais não pode servir de justificativa para que o Judiciário feche os olhos para esta gritante realidade, deixando desamparados pelo sistema jurídico cidadãos que lutam para ter sua orientação respeitada e acima de tudo reconhecida.

O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse do infante, e não há motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos.

Existem diversas questões que, por não serem reguladas por lei, causam restrições na vida dos pares homossexuais, dentre elas está a possibilidade da adoção, questão esta centro desse estudo. Essa restrição acaba por também atingir as milhares de crianças que estão abandonadas em abrigos, sonhando-lhes o direito a um lar e chance de ter alguém para chamar de pai ou mãe. Pretende-se pois demonstrar que os operadores do direito devem agir em conjunto para

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 208.

que esse direito seja garantido, viabilizando que os pares homossexuais venham a construir uma família e que a mesma seja amparada pela legislação do país, situação esta que vai de encontro aos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Desse modo, este trabalho buscará como objetivo principal a possibilidade de que, diante do ordenamento jurídico brasileiro, se defira o pedido de adoção formulado por um par homossexual que conviva em união afetiva vez que a adoção não pode estar condicionada à orientação sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Defenderemos que os elos afetivos devem ser priorizados para a concessão da adoção.

2 A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA

Grande relevância tem para esse trabalho a abordagem sobre a evolução no conceito de família, visto que a transformação desse instituto e seu atual conceito influenciam de forma significativa o tema principal desse estudo.

2.1 SÍNTESE HISTÓRICA: DA AUTORIDADE AO AFETO

As famílias, além de agrupamentos humanos baseados em laços afetivos, são, bem antes do fator biológico, produtos culturais e dados psíquicos (redes de inter-relações pela teia da afetividade). Para assim entendê-las, nas suas estruturas mais sensíveis, é preciso atenção para os mecanismos de poder e as verdades historicamente apresentadas como definitivas sobre as estruturas familiares e sua forma de constituição.³

A família não é uma instituição estática e aistórica, por isso sofre influências diretas com as mudanças socioculturais e econômicas, que atingem sua estrutura e dinâmica.⁴ Dessa forma, temos que não é possível estabelecer um conceito estático de família visto que ela deve ser entendida em seu conjunto de valores sociais, econômicos, políticos, morais, culturais e geográficos que se alterou de forma significativa no decorrer da história dos povos.

Com efeito temos que a família é anterior ao Direito, e nos dizeres de Karina Brunet⁵:

³ JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 49.

⁴ BUCHER, Júlia S. N. Ferro. O casal e a família sob novas formas de interação. In: **Casal e família: entre a tradição e a transformação**. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 83.

⁵ BRUNET, Karina. Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. In: **Revista jurídica**. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, a. 48, n. 281, mar. 2001. p. 82.

[...] sua configuração não pode estar aprisionada nos moldes jurídicos postos em dado momento histórico, com base na ideologia dominante à época. A família é cultural e afetiva [...].

Na família contemporânea a institucionalidade perdeu espaço para a afetividade, em consequência, o sexo passa a não ser mais vislumbrado como meio de reprodução, mas também como busca do prazer.⁶

Porém, há que se ressaltar, que nem sempre essa foi a realidade das famílias. Apesar do instituto das famílias ser anterior ao Direito, desconhece-se por exato a sua origem. A maior parte da doutrina traz como fonte a família Romana. Danda Prado aponta que o termo “família” origina-se do latim *famulus*, correspondendo ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. “Entre os chamados dependentes, incluem-se a esposa e os filhos. Assim a família Greco-romana compunha-se de um patriarca e seus fâmulos: esposa, filhos, servos e escravos”. (Idem, p.51)⁷

Corroborando também com o entendimento de Karina Brunet, Eduardo de Oliveira Leite assevera que a noção de família é anterior ao surgimento do Direito e do próprio Estado, e que:

[...] quando se trata de investigar o início dessa cadeia, grande parte da história da família e do casamento, se não a mais decisiva porque inicial, original, encontra-se envolvida em total mistério pela ausência de documentos e inexistência material de fontes, que retratem o estado de espírito e de atitudes. O primórdio da família está definitivamente voltado a um mistério. Logo, as origens, as primeiras manifestações e as reações do homem nesse campo, só podem ser avaliadas através de suposições, hipóteses, conjecturas que tentam reconstruir uma época fugida e indecifrável.⁸

⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 92.

⁷ JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 45.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**, v. I. Curitiba: Juruá, 1994. p. 5.

Assim sendo, mesmo que considerada por muitos a fonte primeira de família, nada mais se pode advertir, senão, que a origem da entidade familiar não se circunscrevera ao Direito Romano.

Ademais, cumpre-nos analisar a família Romana, Canônica, a Codificada em 1916, para que possamos entender a travessia pela qual passou este conceito até os dias atuais em que o amor ou a afeição recíproca vem marcar o liame de respeito entre seus membros.

A família Romana era estruturada pelo modelo patriarcal em que a figura mais importante do lar era o *pater*, sendo ele o chefe da família, estando este à frente de todas as decisões. A família convivia em um relacionamento de dominação, em que o *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os integrantes da família, incluindo filhos, noras e netos.

Assim como os demais membros da família, a mulher também vivia em um sistema de submissão ao *pater* em decorrência do casamento com um de seus descendentes, sendo intitulado este poder por ele exercido sobre as noras de *manus*.

O instituto da adoção já se encontrava presente na família romana por intermédio da modalidade de parentesco intitulada de *agnação*, que interligava as pessoas da mesma comunidade familiar independentemente de laços sanguíneos, unindo-se por meio da relação de submissão ao mesmo *pater*. Assim, os filhos concebidos naturalmente pelo matrimônio e os adotivos viviam em um relacionamento de *agnação*; sendo *cognação* o parentesco existente entre as pessoas por consangüinidade.⁹

Nos dizeres de Coulanges:

⁹ LUZ, Valdemar Pereira. *Curso de direito de família*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 22.

O arcabouço família era tampouco o afeto natural, visto que os direitos gregos e romano não tomavam menor conta este sentimento. Poderia existir no íntimo dos corações, mas para o direito não representava nada.¹⁰

Como pode se constatar, o afeto era deixado de lado, não sendo considerado como elemento essencial à constituição da família. Esta tinha como função primordial a procriação, a descendência.

Na idade média, a Igreja criou os seus próprios princípios jurídicos, suas próprias leis, intitulado-as de *cânones*, em concorrência com as leis do Estado. Assim, os *cânones* eram usados subsidiariamente às leis do Estado quando nestas houvesse lacunas ou fossem omissas.

Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves diz:

Tal era o poder emanado das normas eclesiásticas que, em situações de extrema gravidade, os cânones impunham aos membros da família severas penalidades de ordem jurídica ou social como a execução da mulher adúltera ou punição física aos filhos.¹¹

Comparadamente com a família antiga e romana, os canonistas tinham uma visão diversa sobre as relações familiares, sendo contrários ao divórcio, considerando a sociedade conjugal não passível de dissolução. O caráter perpétuo do casamento estava ligado à celebração religiosa, ao sacramento, a união realizada por Deus.

O Direito Canônico acaba por deixar na história das famílias um elemento caracterizador, qual seja, a matrimonialização, dessa maneira, inexistia entidade familiar fora dos padrões estabelecidos nos Códigos, apenas o matrimônio era tido como fator legitimador da idéia de família.

¹⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 45.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16.

Mesmo que Igreja e Estado já se encontrassem em planos distintos quando das discussões a respeito do Código Civil Brasileiro, temos que o modelo tradicional de família reconhecida através do matrimônio instituído pela Igreja acabou por remanescer no pensamento e prática jurídica da época.

O Código Civil de 1916 retratou um modelo inspirado no Direito Canônico, centrando a autoridade da relação conjugal predominantemente no marido, colocando a mulher em uma situação de submissão àquele. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonializado, como uma verdadeira instituição, geradora de um vínculo indissolúvel.¹²

Demonstra-se, assim, como o centro exclusivo da família era o casamento e quanto esse modelo familiar se assentava numa distribuição desigual de funções. Sob esta ótica patriarcalista, a família codificada era tida como um instituto fechado, estático e perene, sem se importar com a realização pessoal de seus membros, já que os valores eram tutelados acima dos interesses dos membros que as compunham.

Corroborando com essa definição, esta a fala de Carlos Eduardo Pianoviski:

O dado afetivo não ingressa no âmbito da abstração: trata-se de circunstância que não diz respeito às funções institucionais do ser transpessoal ao qual visa proteger. Essa “metafísica” da família torna irrelevante a felicidade concreta de seus membros: esta é, quiçá, presumida pela estabilidade funcional do todo, imposta a *fôrceps* por regras discriminatórias da filiação dita legítima e pela indissolubilidade do vínculo matrimonial – em consonância com uma unicidade de modelo centrada na família matrimonializada.¹³

O sistema clássico de conceituação das famílias viria a sucumbir com o advento da industrialização, o individualismo transformou as famílias, que

¹² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 61.

¹³ PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

passaram a ser cada vez menores. As mulheres iniciaram movimentos feministas e procuraram se libertar das submissões. Com essas alterações, aparecem mudanças não só na estrutura da família, mas também, na posição de seus componentes.

Nesse sentido Luiz Edson Fachin afirma:

Da superação do antigo modelo da “grande família”, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação.¹⁴

Constatou-se uma revolução nas estruturas sociais que reclamavam por uma evolução jurisprudencial, legislativa e doutrinária, pois agora além do modelo tradicional constituído pelo casamento, o conceito de família passou a compreender outras modalidades, passando a compreender uma pluralidade familiar e cabia então aos juristas e legisladores emprestar juridicidade a estas novas formas de se relacionar.

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a união estável entre homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes obtiveram o reconhecimento formal do Estado, sendo consideradas, cada qual, entidade familiar.¹⁵

A partir de então, família projetava-se no campo jurídico constitucional, recebendo a atenção especial do Estado. Seu conceito então foi ampliado passando a respeitar as diferentes entidades familiares e reconhecendo por fim a família como um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**. Elementos críticos a luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 306.

¹⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20.

Emergiam discussões acerca das novas formas de conjugalidade, das famílias monoparentais, das famílias recompostas, das uniões do mesmo sexo, cumprindo inserir nesse debate a possibilidade da adoção por homossexuais. A nova realidade social era agora abarcada e começava a ser protegida.

Para Rosana Amara Girardi Fachin:

O desenvolvimento dessa temática passa pela dimensão “constitucionalizada” do Direito de Família devido às suas implicações, especialmente a superação do modelo da grande família matrimonializada e o reconhecimento de novos desenhos das relações familiares.¹⁶

Assim na edificação subjetivo-familiar, onde cada pessoa ocupa uma função (a de pai, mãe ou filho, por exemplo) não é preponderante o vínculo biológico ou a orientação sexual dos integrantes, mas o afeto que os amalgama e que os prepara para enfrentar os desafios da existência.¹⁷ Essa visão, acaba por proclamar a concepção eudemonista da família, unida pelo amor em busca da plena realização de seus membros.

Imperioso portanto se faz reproduzir o pensamento de Enézio de Jesus:

O primado da liberdade e da afetividade, na constituição familiar hodierna, tende a afastar, do Direito das Famílias as definições tradicionais (eivadas de reducionismo) de muitos doutrinadores, que ainda insistem em conceber a entidade familiar sob o prisma dos valores da “sagrada família” do antigo Código Civil: “*matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual*” (DIAS, 2003, p. 8). Na medida em que a formação de um seio familiar, com os atuais avanços científicos, independe até de relações sexuais e que não é requisito indispensável para haver família a celebração do casamento ou a presença de homem e mulher, pai e mãe, as entidades familiares só poderão ser vislumbradas, de modo coerente, através de uma interpretação sistemática da legislação pátria disponível, para além do *numerus clausus* legislado, primando-se pelo realismo jurídico, ou seja, pela

¹⁶ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 80-81.

¹⁷ JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 51.

adequação da norma à realidade social mutante. Como bem leciona Tepedino (1999, p. 326), a preocupação central, no que tange à família atual, deve ser com *“a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo; em particular aquelas que disciplinam o Direito de Família.”*¹⁸

Tendo em vista todas essas modificações na estrutura familiar e a necessidade de que houvesse normatização com vistas a protegê-la vez que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade, é preciso que a legislação se adeque a realidade em constante transformação, abrindo a noção de família para além do casamento civil ou religioso. É preciso analisar a família sob o prisma do afeto, da solidariedade entre os membros, reconhecendo por consequência a legitimidade jurídica das uniões homossexuais como forma de constituição de um lar, já que qualquer entendimento em sentido diverso seria negar efetividade à ordem constitucional vigente.

2.2 ENFOQUE LEGAL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CÓDIGO CIVIL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito das Famílias tendo em vista a evolução social pela qual se havia passado, voltou-se para o reconhecimento dos diferentes tipos de entidades familiares de modo que se afastou dos valores subjacentes a lei civil.

Neste sentido, a constitucionalização do Direito das Famílias exige uma interpretação sistemática e teleológica da legislação disponível, principalmente da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do

¹⁸ JUNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 57.

Adolescente, quando se objetiva o delineamento normativo das famílias hodiernas, frente ao sistema jurídico pátrio, ao princípio do respeito à dignidade humana e à crescente eudemonização dos vínculos familiares.¹⁹

É sabido que alguns modelos familiares, que não são somente o modelo biparental contraído através do casamento, passaram a ter proteção legislativa expressa, como se pode depreender dos seguintes artigos da legislação pátria:

CC, art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

CC, art. 1514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

CF, art. 226, §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

CF, art. 226, §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.

CF, art. 226, § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No entanto, existem tipos de entidades familiares que aparentemente não foram contempladas pelo ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo as uniões afetivas entre casais do mesmo sexo.

Muitos doutrinadores entendem que os três modelos de família, previstos expressamente na Carta Magna em seu artigo 226, qual seja: a família biparental, com ou sem casamento (união estável) e a monoparental, constituem-se como os únicos modelos familiares contemplados pela proteção do ordenamento jurídico, prevalecendo-se assim sobre os demais modelos de entidade familiar. Contudo, basta que seja feita uma análise apurada do artigo em questão para que se possa verificar de plano que não existe nenhum grau de hierarquia jurídico ou axiológico entre as diferentes entidades, sob pena de se

¹⁹ JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 57-58.

estar ferindo de morte os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, também trazidos e defendidos pela Carta Magna. Desse modo, é imperioso reconhecer a legitimidade e constitucionalidade desses demais modelos de entidade familiar não referidos literalmente, vez que existem expressões na Lei Maior que devem ser interpretadas extensivamente levando-se em conta todo o ordenamento infra-constitucional.

Nesse sentido afirma Paulo Luiz Netto Lobo:

[...] no caput do art. 226, operou-se a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução 'constituída pelo casamento' (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob tutela constitucional 'a família', ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu (...). A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir, de seus efeitos, situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. (...) O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade.²⁰

Desse modo, imperioso se faz citar o artigo 226 da Constituição Federal, qual seja:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acessado em: 20/09/2010.

Verifica-se, portanto, que em pese alguns modelos específicos de entidade familiar serem expressamente previstos, o *caput* do referido artigo nos permite uma interpretação ampliada levando a conclusão de que se o laço da afetividade e da notoriedade estiverem presentes na relação familiar, esta deve ser reconhecida e gozar de proteção Constitucional, neste caso defendemos que o relacionamento homoafetivo mesmo ante à ausência de regulamentação específica, deve ser reconhecido e amparado pela jurisdição. É possível que o Poder Judiciário aplique a analogia para empregar efeito jurídico a essas uniões entre pessoas do mesmo sexo, já havendo farto entendimento jurisprudencial nesse sentido.

De fato, com os paradigmas modificados pela Lei Maior, após 1988, na seara do Direito das Famílias – como igualdade entre os filhos, independentemente da origem (CF, art. 227, §6º, seguido pelo CC, art. 1.596 e pelo ECA, art. 20); a liberdade para dissolver o casamento ou a união estável (CF, art. 226, § 3º e § 6º); a tutela à família monoparental, independente de orientação afetivo-sexual do pai ou da mãe (CF, art. 226, § 4º) e o dever de proteção estatal a todas as famílias (art. 226, *caput*) -, reconhece-se, além dos já referidos princípios fundantes do Estado Democrático Brasileiro, o da afetividade, como decorrente da própria natureza do sistema constitucional pátrio e como o mais relevante (após o do respeito à dignidade da pessoa humana e o da igualdade) para efetivar, pelo realismo jurídico, o reconhecimento jurisdicional e legislativo da união homossexual estável como estrutura familiar, geradora dos mesmos efeitos jurídicos dos vínculos heterossexuais, e apta, inclusive a pleitear, em nome de ambos os(as) companheiros(as), a adoção de uma criança ou adolescente.²¹

É necessário que a norma constitucional seja interpretada da forma que se extraia maior eficácia da mesma, de acordo com o princípio da máxima

²¹ JUNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 61.

efetividade, pois assim chegaremos a conclusão de que as famílias homossexuais já estão implicitamente protegidas pela Constituição Federal, não sendo permitido que o intérprete, legislador ou doutrinador excluam essa entidade familiar do devido amparo constitucional, vez que a inexistência de regulamentação específica para estas uniões, não tira das mesmas sua eficácia e existência frente ao ordenamento e ao sistema jurídico pátrios.

Corroborando com esta afirmação, estão os dizeres de Enézio de Jesus:

[...] tal legislação protetora coaduna-se com os princípios constitucionais inclusivos, na medida em que vislumbra o ente familiar para além de qualquer restrição discriminatória, desde que se apresente como um *locus* afetivamente adequado à situação peculiar de desenvolvimento dos infantes.²²

Face a esta mudança de paradigma trazida pela Constituição, temos que se deve tratar das famílias nas legislações infra-constitucionais, qual seja o Código Civil bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente levando-se em consideração os princípios da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e da afetividade. Seguindo esta nova tendência de proteção, já tem caminhado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que passa a levar em consideração a realidade da pluralidade de entidades familiares, posição esta que ganhou força com as alterações advindas da Lei Federal 12.010/09.

²² JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 64.

3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Em meio ao dinamismo do mundo globalizado, a sociedade brasileira passou por profundas transformações dentre elas, se situa a crise no modelo tradicional de família patriarcal, surgindo então novos núcleos familiares dignos da tutela jurisdicional do Estado como, por exemplo, a família homoafetiva que, recorrem à adoção como forma de realizar o desejo da maternidade ou paternidade afetiva, ante à impossibilidade biológica de gerarem filhos entre si.

O que se pretende, no presente trabalho, é demonstrar a viabilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares numa visão constitucionalizada do direito de família.

A Constituição Federal e os demais ordenamentos infra-constitucionais são omissos no que diz respeito às uniões homoafetivas. Essa ausência de previsão legal caracteriza-se como discriminatória vez que não confere a essas uniões o caráter legal de entidade familiar, cuja existência não se pode negar enquanto fato social.

Tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não discriminação, a idéia central de entidade familiar deslocou-se do grande formalismo da celebração matrimonial para a livre manifestação do afeto.

Entretanto, mesmo diante da ausência de previsão legal, é defeso ao direito esquivar-se de prestar a devida solução aos conflitos que lhe são apresentados, nestes casos, quando da existência de lacunas legislativas, a responsabilidade do Judiciário aumenta, cabendo a este emprestar juridicidade a estas relações.

A solução para esta questão é valendo-se da interpretação analógica, reconhecer-se a possibilidade jurídica da equiparação da união estável à família

homoafetiva e, conseqüentemente a possibilidade da adoção por esta família formada por par do mesmo sexo.

3.1 SIGNIFICADO DO VOCÁBULO HOMOAFETIVIDADE

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário trazer alguns conceitos sobre homossexualidade, homossexualismo e homoafetividade.

Para a língua portuguesa o vocábulo homossexualismo significa o antônimo de heterossexualismo ou seja, aquele que pratica ato sexual com indivíduos de mesmo gênero. Já o significado etimológico do vocábulo “homossexualidade”, é constituído pelo termo grego *homo*, que quer dizer semelhante, e pelo outro termo advindo do latim *sexus*, que denota a identificação da espécie masculina e feminina. O termo homossexualismo era empregado, no Brasil e no mundo, para designar uma das espécies de distúrbios mentais e emocionais, era considerado um "desvio ou transtorno sexual". Felizmente (embora tardiamente), em 1973, a APA (Associação Americana de Psiquiatria) retirou-o da lista de patologias.

Em 1995, na décima revisão do Código Internacional de Doenças (CID), deixou de ser considerado doença, substituindo-se o sufixo ‘ismo’ por ‘dade’. Assim, homossexualismo passa a ser homossexualidade, já que o sufixo anterior remetia a uma interpretação equivocada e sem qualquer comprovação nos estudos médicos. Afinal, não causa qualquer mal à saúde ou à conduta social que justifique um indivíduo ser tratado como doente por sentir atração por pessoa do mesmo sexo.

Atualmente, a relação de afetividade entre homossexuais começa a receber, doutrinariamente, um novo sinônimo: homoafetividade. Assim sendo, neste trabalho optamos por nos valer desse vocábulo vez que este dá a

homossexualidade uma compreensão mais natural e humana, mais coerente com a realidade.

Esta expressão, homoafetividade, foi criada pela jurista Maria Berenice Dias e utilizada pela primeira vez em seu livro: “União Homossexuais, o Preconceito e a Justiça”, com a expressão a autora pretendia reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que a visão contemporânea de toda comunhão de vida, está atualmente muito mais ligada ao afeto do que a mera relação sexual, e significa:

[...] enfatiza, com muita propriedade terminológica, o afeto, enquanto justificativa maior da expressão erótica dos que se sentem atraídos pelo mesmo sexo. Homoafetivos, destarte, são os vínculos entre pessoas homossexuais (que, bem mais do que sexuais no sentido genital, encontram no amor a sua razão de se desenvolverem e de existirem na sociedade, apesar de todo o preconceito).²³

Nota-se que não se trata apenas de uma relação de cunho sexual: é, sobretudo, um vínculo criado pela afetividade, pelo carinho, pelo desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor. A vantagem da utilização desse termo, é que ele evidencia também aspectos emocionais, espirituais e afetivos envolvidos na relação amorosa entre *gays* e *lésbicas*.

²³ DIAS, apud SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 58.

3.2 HOMOAFETIVIDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para que melhor possamos compreender o tema que nos propomos a tratar, faz-se necessário conceituar o que é princípio para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a importância que tal referencial representa para o entendimento e elaboração do presente capítulo.

Os princípios constituem-se como o alicerce de todo um ordenamento jurídico, sendo deste o fundamento, devendo todas as ações humanas respeitar os princípios postos de um dado sistema, são a expressão jurídica e dos fins de uma dada sociedade, neles estão contidos os direitos fundamentais, que devem inspirar a compreensão e aplicação do Direito. Já o significado etimológico da palavra, é “início, começo, causa primária, razão, base, norma, preceito”.²⁴

Para José Afonso da Silva, princípios são:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”. As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção e outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se à exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “núcleos de condensações” nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de *normas*

²⁴ XIMENES, Sérgio. *Minidicionário da língua portuguesa*. 2 ed. São Paulo: Ediouro, 2000. p. 756.

jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.²⁵

Há entendimentos no sentido de que contrariar um princípio é muito mais grave que contrariar uma regra, vez que nos princípios é que estarão centradas as diretrizes para a elaboração das demais regras.

No entendimento de Paulo Bonavides:

Os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico. [...]. Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do póspositivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.²⁶

Neste trabalho monográfico optamos por fazer uma singela conceituação sobre o assunto, vez que não se pretender aprofundar no estudo do tema. Em meio a esses princípios e direitos fundamentais se situam alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão a ser abordada. Feitas estas considerações, passemos a tratar dos princípios constitucionais que tutelam os interesses dos homossexuais e garantem a estes o exercício dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna.

A homoafetividade, como uma livre manifestação da orientação sexual, é um comportamento que sempre acompanhou a história da humanidade, nas mais diversas culturas, havendo registro desse tipo de conduta sexual até mesmo entre os povos selvagens, porém, nos dias de hoje, é marcada pelo estigma do preconceito. A sociedade ainda mantém uma posição discriminatória nas

²⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 288.

questões que envolvem a sexualidade, rejeitando a homoafetividade vez que esta se afasta dos padrões de comportamento convencional.

A livre orientação afetivo-sexual é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal dessa forma, a homoafetividade deve ser vislumbrada no plano da dignidade da pessoa humana. A dignidade por sua vez constitui-se como marco jurídico no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais, um dos pilares da República Federativa do Brasil. Conforme preconiza Celso Ribeiro BASTOS: “os princípios são inerentes ao Estado Brasileiro, são considerados valores primordiais, imediatos, os quais nunca podem ser deixados de lado”.²⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana, servindo de norte ao sistema jurídico nacional, encontra previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e concede proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos quer seja por motivos de origem, raça, opção sexual ou idade. Os seres humanos devem ser respeitados e ter o exercício de seus direitos sociais e individuais assegurados como valores supremos de uma sociedade fraterna.

Assim entende Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos²⁸.

Nesta esteira, não pode haver segmentos alvo de exclusão social, tratamento desigualitário em razão da orientação sexual sob pena de não se estar

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 157.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 48.

vivendo em um Estado Democrático de Direito. Nenhum ser humano se realiza plenamente se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, entendido assim como a liberdade de orientação sexual.

Conforme José Carlos Teixeira Giorgis:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.²⁹

Discriminação baseada na orientação sexual se caracteriza como flagrante desrespeito à dignidade humana, infringindo assim o princípio maior consagrado pela Carta Magna. Injustificáveis preconceitos não podem ser motivo para que se restrinja o exercício de direitos constitucionalmente previstos, vez que não se pode ignorar a condição pessoal do indivíduo como se isto não tivesse relação com a dignidade humana.

Destarte, 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. Nesse passo, a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF) deita raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Já o princípio da igualdade é tido como o signo fundamental da democracia e encontra respaldo na Constituição Federal vez que veda distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação de orientação sexual e devendo ser reconhecida a liberdade de que as pessoas adotem a orientação

²⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. In *Revista da AJURIS*, n. 88, – Tomo I. Porto Alegre: dezembro de 2002. p. 244.

sexual que preferirem. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade, cabe ao Estado, agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar, porém não basta que o Estado apenas equipare os indivíduos na letra da lei ou perante ela, é necessário que ele os equipare também perante a vida, garantindo igualmente o exercício mínimo de direitos, respeitando a orientação sexual de cada um, vez que esta por sua vez não pode ser um fator de discriminação para que se negue a emprestar os devidos efeitos jurídicos às relações homoafetivas.

É preciso que as normas legais se adequem aos princípios e garantias contidos na Constituição, vez que esta reproduz a vontade do povo. O Estado deve garantir a liberdade dos seus cidadãos e não promover invasões ilegítimas em sua esfera pessoal.

Assim temos que em que pese não haver regulamentação legal para tutelar uma situação específica não significa que o direito à uma tutela jurídica seja inexistente, pois a ausência de legislação não implica em inexistência de direitos e nem que não se atribuam efeitos jurídicos a estas situações, pois o julgador deve suprir o silêncio deixado pelo legislador, socorrendo-se da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito para que se reconheça a existência de direitos.

Os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas.

As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

3.3 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

Após se verificar que a homoafetividade encontra-se amparada pelos princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como deixar de reconhecer a união homoafetiva como uma entidade familiar, mesmo que sua previsão não se encontre de forma explícita na legislação, mas que de maneira implícita é considerada como tal, aplicando-se de forma conjunta a hermenêutica civil-constitucional, além dos outros recursos que são disponibilizados ao operador do direito.

Na lição de Gustavo Tepedino:

A preocupação do ordenamento é com a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.³⁰

Como já foi dito anteriormente, o conceito de entidade familiar vem sofrendo significativas transformações ao longo dos anos, a afetividade agora é levada em consideração para a formação destas novas relações. Nessa esteira, a união entre pessoas do mesmo sexo é merecedora de proteção estatal e deve ser reconhecida como entidade familiar, se gozar de características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, valendo-se então da analogia do reconhecimento de união estável entre casais heterossexuais.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares**: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: *Temas de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.

Vale recordar que o diploma legal não veda o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, esta deve ser reconhecida se preencher as condições impostas pela lei, requisitos estes que se encontram nos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Observa-se que estes dispositivos se limitam a estabelecer as condições para que homem e mulher tenham sua união classificada como estável sem fazer qualquer restrição ao reconhecimento a união entre pessoas do mesmo sexo.

O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (Lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

Como é sabido, a lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico, para tanto, admite-se a integração mediante o uso da analogia, para que se possa alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Assim preconiza Caio Mário da Silva Pereira:

A analogia consiste no processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para leva-lá às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado.³¹

A respeito das relações homoafetivas, Maria Berenice Dias:

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume 1**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.72.

A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.³²

Ante à ausência de normatividade, a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo tem recorrido constantemente ao Poder Judiciário clamando por tutela, e o julgador não pode ignorar esta realidade, cabendo a ele atender às demandas que surgem de uma sociedade baseada em estruturas de convívio cada vez mais complexas, devendo reconhecer os mais diversos tipos de entidade familiar. Essa situação se perdurará enquanto a lei civil permanecer inerte.

Conclui-se, portanto, que deve ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos que dela deriva, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

³² DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**, Editora: Livraria do Advogado. 2001. p.11-12.

4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO

Tendo em vista os contornos da família contemporânea, a evolução pela qual essa entidade passou e sua constante eudemonização, tendo a partir de então classificado-se como um lugar de pleno desenvolvimento de seus membros, surgem dois personagens muito importantes que agora ganham voz e vez: a criança e o adolescente.

O texto Constitucional de 1988 é que dará posição de destaque a criança e ao adolescente, como sendo pessoas dotadas de dignidade e autonomia, essa importância se constata na destinação na reserva de um capítulo pelo legislador constituinte para tratar desses titulares de interesses juridicamente protegidos, qual seja o Capítulo VII intitulado: Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.

Como sujeito de direito que são a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento que necessitam de proteção do Estado, da sociedade e da família conforme preconiza do artigo 227 da Constituição Federal:

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

O referido dispositivo constitucional reafirma o princípio da dignidade da pessoa humana, repetindo o artigo primeiro da Carta que o traz como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Tal princípio é fundamento basilar do Estado

de Direito e não se realizará se não for garantido com primazia à criança e ao adolescente.

Nas palavras de José Carlos Dias:

A Constituição, assim, tutela o menor, enquanto criatura humana, enquanto sujeitos de direito, preserva-lhe o tratamento de respeito e lhe cultua a dignidade, impõe-lhe proteção, zela pela preservação de sua família, dita preceitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente explicita, que o Código Penal protege, penalizando os que ousam violá-los.³³

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem corroborar com o precedente aberto pela nova ordem constitucional e também normatiza em seus artigos os direitos e garantias da criança e do adolescente, assegurando através destes o caminho que leve ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, com isso, a proteção integral da criança passa a ser alvo de tutela prioritária por parte do ordenamento.

No cenário internacional a afirmação dos direitos da criança e do adolescente se dá através da Convenção dos Direitos da Criança, realizada pela ONU em 1989 a qual foi ratificada pelo Brasil. Imperioso se faz reproduzir o preâmbulo da Convenção: *“todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião positiva ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família”*.

O Estado então, através da criação de políticas públicas, criará os mecanismos necessários para que o desenvolvimento da criança e do adolescente se dê de forma plena. Para que isso seja possível, é necessário que a

³³ DIAS, José Carlos. *In*: CURY, Munir (coord.) **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61.

ação estatal seja permanente e que tenha recursos garantidos no orçamento público para sua efetivação.

O descumprimento, a omissão, falhas de implementação dos direitos garantidos à criança e ao adolescente implicará em gritante violação aos direitos fundamentais, tendo o Estado falhado em sua tarefa primordial, como Estado Democrático de Direito, que deve sempre priorizar a promoção da dignidade da pessoa humana de seus integrantes.

4.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) tratam o direito a convivência familiar como um dos direitos fundamentais a serem assegurados a todas as crianças e adolescentes prioritariamente.

A importância da família é amplamente reconhecida e difundida, vez que é o seio familiar que se proporciona a garantia de sobrevivência de seus integrantes, especialmente as crianças e adolescentes, é também na convivência familiar que os jovens se desenvolvem, recebem educação, valores enfim, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva.

Visando garantir que o jovem seja mantido em sua família ou inserido em família substituta é que o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina como se efetivará essa garantia fundamental no artigo 19 e seguintes.

Sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplina Maria do Rosário Leite Cintra:

Muito antes, porém, o espírito do art. 19, ao assegurar à criança o direito de ser educada na família, quer, acima de tudo, supor que os membros adultos da mesma, dentro de uma política econômica e social (que leve em conta os direitos humanos) tenham garantidas as condições essenciais de salário para uma sobrevivência digna do núcleo familiar. Assim sendo, as crianças poderão se dedicar ao estudo, à iniciação profissional e ao lazer sem necessitarem precocemente ser introduzidos na dura luta pela automanutenção, numa insustentável e absurda condição de precisar gerar renda antes mesmo de desabrochar para a vida.³⁴

Se a estrutura familiar for garantida à criança e ao adolescente, seu desenvolvimento se dará de forma mais plena e satisfatória, evitando assim que transtornos de personalidade sejam desencadeados ante à ausência de estrutura familiar.

Assim é o entendimento de Francismar Lamenza:

A convivência do jovem com sua família é algo que os operadores do Direito da Infância e da Juventude devem ter como *meta optata*, justamente porque, além de a família ser a base social (artigo 226, **caput**, da Constituição Federal), havendo uma perfeita harmonia no ambiente criado, o jovem crescerá pronto para se tornar um cidadão consciente de seus direitos e deveres, integrando-se plenamente ao meio social reinante.

Essa garantia deve ser buscada pelos operadores do Direito da Infância e da Juventude de forma a tentar sanar as turbulências dentro da família de origem. Caso contrário, lar substituto deve ser procurado, de modo que a criança e o adolescente possam se desenvolver em um ambiente sadio, com afeto e apoio mútuos, construindo-se o arcabouço para a estruturação perfeita da humanização e da cidadania.³⁵

Porém, ocorrem situações em que não é possível manter a criança ou o adolescente na convivência com sua família de origem. Esses jovens que se

³⁴ CINTRA, Maria do Rosário Leite. Comentários ao art. 19 do ECA. In: CURY, Munir. et. al. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

³⁵ LAMENZA, Francismar. **O novo código civil e a violação ao direito da convivência familiar**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Portals/0/docs/ficheros/200410140028_15_0.doc>. Acessado em 19.10.2010.

encontram em situação de risco, muitas vezes acabam sendo institucionalizados em abrigos até que se decida pela perda ou não do poder familiar exercido pelos pais biológicos.

Temos que o abrigamento em instituição é uma das medidas de proteção aos direitos de crianças e adolescentes estabelecidas no artigo 101 do ECA. Sua aplicação – por decisão do Conselho Tutelar e por determinação judicial – implica na suspensão do poder familiar sobre crianças e adolescentes em situação de risco e no seu afastamento temporário do convívio com a família. De acordo com os artigos 22 e 24 do Estatuto, a medida extrema de suspensão do poder familiar deve ser aplicada apenas nos casos em que, injustificadamente, os pais ou responsáveis deixarem de cumprir seus deveres de sustento e de proteção aos seus filhos, em que as crianças e adolescentes forem submetidos a abusos ou maus tratos ou devido ao descumprimento de determinações judiciais de interesse dos mesmos. Caso seja decretada a perda do poder familiar, serão implantadas medidas para que seja assegurado o pleno desenvolvimento desse jovem, qual seja a colocação em família substituta através da guarda, tutela ou adoção, tema do qual se trata neste trabalho.

É nesse contexto de se evitar que as crianças permaneçam abrigadas até que atinjam a maioridade que se insere novamente a possibilidade da colocação de criança ou adolescente em família homoafetiva sob a forma de uma das modalidades acima descritas.

Afirma-se que se a adoção por homossexuais fosse regularizada juridicamente e aceita como uma prática social afetiva haveria a possibilidade de se chegar próximo a uma solução para o problema de milhares de crianças institucionalizadas vez que como já restou demonstrado em diversas pesquisas, os casais homossexuais são os que menos exigem requisitos para a que adoção se proceda, e com esse deferimento se estaria buscando dar máxima efetividade ao direito fundamental que a criança e o adolescente tem de convivência familiar, seja ela natural ou substituta.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES

Após feitas análises sobre a evolução do conceito de família, da condição da família homoafetiva, cumpre, agora, desvendar os princípios constitucionais que resguardam a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Tendo por escopo a orientação de que a luz do texto constitucional, a família deva ser vocacionada para a promoção do indivíduo, urge averiguar se os homossexuais estão aptos a desempenharem o papel de pai ou mãe adotivos, de modo a possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças que venham a perfilhar. Isso em razão do princípio primordial do melhor interesse da criança, a que o instituto da adoção visa atender.

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".

Faz-se necessário observar a obrigatoriedade da prevalência dos interesses das crianças e adolescentes sobre quaisquer outros que estejam em jogo, até porque, quando se fala em adoção, se está a tratar do direito de filiação, do qual decorrerão as mais diversas conseqüências que irão refletir pela vida toda do indivíduo.

A análise sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos deve sempre estar vinculada a necessidade de se verificar qual é a melhor solução a ser dada para que os direitos das crianças sejam resguardados. Devem ser considerados os vínculos afetivos que virão a permear esta nova entidade familiar, desconsiderando a orientação sexual dos adotantes, vez que esta não implica em nenhum prejuízo ao adotado. A afetividade é que deve ser o aspecto preponderante para que se conceda a adoção.

É chegada a hora de abandonar preconceitos, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Estudos científicos permitem dizer que não há qualquer prejuízo para o desenvolvimento psicossocial de crianças que sejam criadas com afeto por pais homoafetivos. Nesse sentido, é perfeitamente possível que a família homoafetiva preencha as necessidades da criança e do adolescente.

Nesse sentido está o posicionamento de Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia:

Ora, se o que se busca com a adoção é o bem-estar da criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderíamos dizer que o não-reconhecimento das famílias compostas por pais/mães homossexuais e, assim, a impossibilidade da adoção por ambos os (as) parceiros (as) iria contra os princípios legais, já que facilitaria o fato de a criança se sentir diferente e discriminada. Assim, a criança poderia se sentir estigmatizada não por ser adotada por pessoas homossexuais, mas pela lei de seu país não considerar sua família como tal.³⁶

Com a proibição da adoção homoafetiva, não são apenas os direitos dos homossexuais que estão sendo cerceado, mas principalmente, o direito dessas crianças e adolescentes viverem em uma família com afeto e com possibilidades de um futuro digno.

³⁶ FARIAS, Mariana de Oliveira; Bortolozzi, Ana Cláudia. **Adoção por homossexuais – a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 217.

5 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Hodiernamente, ainda se encontra muita resistência por parte da sociedade e operadores do direito quando se fala na possibilidade de parceiros do mesmo sexo habilitarem-se para a adoção. As questões que sempre são levantadas e que causam muita polêmica são referentes ao sadio desenvolvimento da criança e se a orientação sexual assumida pelos adotantes acarretará seqüelas de ordem psicologia e dificuldades na identificação sexual do adotado. Questiona-se a ausência do modelo tradicional, e não mais único de família, a constituída por pares do gênero masculino e feminino, pode eventualmente tornar confusa a identidade sexual do adotado fazendo com que este por sua vez também venha a tornar-se homossexual. A questão do preconceito com a qual a sociedade vê esse novo tipo de família, também causa preocupação na formação psicológica do adotado.

No entanto, temos que as argumentações de que o adotado poderia não ser socialmente aceito ou que sofreria de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de possuir pais do mesmo sexo não deve prosperar. Pesquisas constatam que as crianças que convivem com pais do mesmo sexo não apresentam nenhuma instabilidade emocional ou psicológica e que esse convívio não acarreta quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento dos mesmos. Portanto, a ausência de regulamentação dessa modalidade de adoção tem por justificativa única e tão somente o preconceito.

Feitas estas considerações, tratar-se-á neste capítulo do cerne deste estudo: a possibilidade e viabilidade jurídica da adoção por casais homossexuais que convivem em união estável no país.

Independente da orientação afetivo-sexual dos adotantes, existem alguns requisitos previstos em lei que são indispensáveis para que a adoção seja

deferida. Após tais requisitos serem preenchidos, a família estará autorizada a adotar independente da formação desta família dar-se por pares de gênero diferente ou idêntico.

Para que seja demonstrada a viabilidade de adoção por casais homoafetivos, será traçado um breve histórico do instituto da adoção em nosso país, serão definidos os requisitos indispensáveis para que a adoção se proceda e então se demonstrará que mesmo em face da ausência de legislação que defira expressamente que a adoção ocorra, esta é perfeitamente possível, tendo em vista a adequação do ordenamento jurídico à realidade factual.

Como resiste o legislador em acompanhar essa evolução, não há outro jeito senão socorrer-se do Poder Judiciário para que este analise a cada caso concreto e identifiquem a melhor solução. Ocorre que, ao desaguarem no Judiciário, estas situações pontuais se confrontam com a ideologia conservadora do juiz, que acaba por negar direitos a estas pessoas em virtude única e exclusivamente de ordem moral de caráter subjetivo.

Temos que o deferimento da adoção, não pode estar condicionado à orientação sexual dos adotantes, sob pena de se estar infringindo os princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana, da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Pois, vedando que essa adoção ocorra, se estará impedindo que um número expressivo de crianças sejam subtraídas da marginalidade e sejam colocadas em um ambiente familiar sadio, onde obterão de seus pais/mães carinho, atenção e amor.

Devem ser levados em conta prioritariamente o melhor interesse dos adotandos, vez que a legislação brasileira (o ECA e o Código Civil), não vedam que a adoção ocorra. É preciso que a resistência a que casais homoafetivos formem suas famílias com filhos, acabe, afinal estas famílias estão estruturadas em afeto e respeito recíprocos e são os laços da afetividade que devem ser levados em consideração.

5.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O procedimento de adoção no Direito brasileiro é marcado historicamente por um processo contínuo de evolução. Em decorrência da colonização Portuguesa, na Época do Império vigoravam no país as Ordenações Filipinas. Embora do Direito pré-codificado não tivesse sistematizado o instituto da adoção, isto era feito nas Ordenações Filipinas, fato este que permitia sua utilização.

A questão da adoção surgiu pela primeira vez na legislação brasileira com a Consolidação das Leis Civis, aprovada pelo Imperador em 1858, que tratou apenas de forma superficial a adoção nos seus artigos 1.635 a 1.640.

Em período posterior, foi promulgado o Código Civil de 1916, este passou a regular a adoção em seus artigos 368 a 378. As principais características deste diploma legal era a exigência e que o adotante fosse mais velho que o adotado em ao menos dezoito anos à data do procedimento, que o adotante tivesse mais de cinquenta anos, que não tivessem a possibilidade de ter filhos naturais. O instituto era feito por escritura pública, registrado na circunscrição competente de Registro Civil. Neste primitivo diploma legal não se admitia a adoção por duas pessoas salvo se fossem marido e mulher. Por fim, os filhos adotivos e os naturais não eram juridicamente iguais para efeitos sucessórios, vez que, *"o filho adotivo era equiparado ao legítimo, mas em concorrência à herança com o filho legítimo superveniente, visto que o primeiro recebia a metade da cota atribuída ao segundo"*.³⁷

Constatou-se então que a legislação pertinente ao tema, não mais atendia aos anseios da sociedade em constante transformação principalmente porque tratava de forma discriminatória e desiguais os filhos naturais e os adotivos.

³⁷ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 16 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 273.

Visando então atender a função social inerente ao instituto da adoção foi publicada em 08 de maio de 1957, a Lei nº 3.133, que reformulou o instituto e deu nova redação a alguns artigos do Código Civil de 1916.

A referida lei reduziu a idade do adotante de cinquenta para trinta anos, que este, se casado, deveria ter ao menos cinco anos de vida conjugal e a diferença de idade entre o adotante e o adotado passou a ser de 16 anos. Disciplinou ainda cláusula de dissolução do vínculo de adoção, que poderia ser deferida quando as duas partes conviessem e nos casos em que fosse admitida a deserção. Os direitos e deveres provenientes do parentesco natural, ou seja, das relações entre os pais biológicos e o adotado não se extinguiram pela adoção, com exceção ao pátrio poder, que era transferido do pai natural para o adotante. Também o tutor ou curador poderiam, após prestar contas da administração dos bens do pupilo ou do curatelado, adotá-lo. A lei possibilitou ainda que casais que já possuíssem filhos pudessem adotar, vez que anteriormente apenas os casais sem filhos estavam habilitados para tanto. Entretanto, não trouxe ainda a igualdade entre os filhos adotivos e naturais, como bem explica Gonçalves:

A aludida Lei n. 3.133/57, embora permitisse a adoção por casais que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não equiparava a estes os adotivos, pois, nesta hipótese, segundo prescrevia o art. 377, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária. Essa situação perdurou até o advento da Constituição de 1988, cujo art. 227. § 6º, proclamava que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”³⁸

A forma de escritura pública foi mantida como exigível para o ato da adoção, o parentesco limitava-se apenas ao adotante e o adotado. Exceção a essa regra, seriam os impedimentos matrimoniais entre o adotante e o cônjuge do

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 331.

adotado; ou entre o adotado e o cônjuge do adotante; ou, ainda entre o adotado e filhos superveniente do adotante.

Diversos projetos tiveram por objetivo resolver a questão da adoção no Brasil, diante disso, foi publicada em junho de 1965 a Lei 4.655, que acabou por finalmente originar a legitimação adotiva, permitindo o desfazimento do vínculo sanguíneo entre a família biológica e o adotado. A legitimação ocorria por decisão judicial e com o acompanhamento do Ministério Público. A sentença, de forma irrecorrível, provocava a averbação do registro da família natural. A Lei também permitiu que pessoas com menos de trinta anos pudessem adotar, desde que atendessem ao requisito de estarem casadas a mais de cinco anos, ter vida conjugal estável e provar ser estéril.

Em 1979 a Lei 6.697, também conhecida como “Código de Menores”, acabou por revogar a Lei 4.655. Uma vez que a lei posterior não revogou a adoção simples, que era regida pelo Código Civil, passaram então a coexistir duas formas de adoção, a plena, com legitimação adotiva, e a simples. Na adoção plena, operava-se total desvinculação do adotando com seus pais biológicos fato este que viria a resolver a questão dos direitos sucessórios do adotado e de seus descendentes.

No ano de 1990, é criada a Lei nº 8.069, de 1990, intitulada de Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo esta, fruto de uma evolução social, pertencendo hoje ao rol das legislações mais modernas do mundo no tocante à infância e juventude. Essa nova lei acabou por revogar expressamente a Lei nº 6.697. O ECA, fundamentado na proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, regulamentou a adoção de menores, repetiu o preceito constante na Constituição Federal em seu artigo 227, §6³⁹, eliminando qualquer discriminação em relação aos filhos adotivos, elevando-os ao mesmo patamar de igualdade dos filhos biológicos.

³⁹ Art. 227, §6 Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O ECA também revogou o disposto no Código Civil de 1926 no que concerne à adoção de menores, passando a reger sozinho todas as disposições a cerca do assunto. Já no que diz respeito à adoção de maiores, as regras constantes no Código Civil foram mantidas. De acordo com este Estatuto, foi vedada adoção por procuração, foi determinado que o adotando tivesse ao máximo 18 anos à data do pedido, salvo se já se encontrasse sob guarda ou tutela dos possíveis adotantes e a diferença de 16 anos entre a idade do adotante e adotando, foi mantida.

Já no Novo Código Civil de 2002, o legislador manteve algumas disposições correspondentes ao Código de 1916 e disciplinou novas normas. A adoção encontrava-se regulada nos artigos 1.618 a 1.629. Esse diploma legal passa a tratar a adoção sem adjetivação, restando superada as modalidades de adoção simples ou plena, vínculo este que seria criado obedecendo o procedimento judicial constante do artigo 1.623. Ocorre que com o advento da Lei nº 12.010 de 2009, conhecida como Nova Lei da Adoção, os dispositivos constantes no Código Civil que regulavam a adoção foram que em sua quase totalidade revogados, passando a vigorar com nova redação tão somente os artigos 1.618 e 1.619, disciplinando que a Adoção e Crianças e Adolescentes se dará na forma prevista pelo ECA.

Sob a égide da lei nº 12.010, a adoção agora toma diferentes contornos. As principais alterações dizem respeito à possibilidade de qualquer pessoa maior de 18 anos, mesmo solteira, independente de sua orientação sexual, habilitar-se para adotar uma criança ou adolescente, desde que respeitada à diferença mínima de idade entre ambos, qual seja, 16 anos. Ademais, as crianças maiores

⁴⁰ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009). Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

de 12 anos agora passam a opinar no processo, devendo as mesmas serem ouvidas pelo juiz em audiência no processo de adoção. O tempo de permanência nos abrigo é limitado ao prazo máximo de dois anos, devendo estas instituições enviar relatórios semestrais sobre a situação da criança. Entretanto, a lei não disciplina o que ocorrerá se esta criança permanecer por mais de dois anos das referidas instituições. A nova lei também se preocupa com a necessidade de manter irmãos unidos sob a responsabilidade da mesma família.

5.2 DA OMISSÃO LEGAL: VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

A questão da adoção por casais homoafetivos é um tema extremamente polêmico, que tem ensejado muitas discussões e controvérsias quer seja no mundo jurídico, religioso ou social uma vez que as relações sociais são marcadas pela heterossexualidade, a resistência em aceitar a possibilidade de que parceiros do mesmo sexo possam se habilitar para a adoção ainda é muito grande.

No atual cenário da sociedade brasileira, a existência de famílias homoafetivas torna-se cada vez mais constante, fato este que carrega consigo inúmeras conseqüências jurídicas. Não permitir que estes casais possam adotar uma vez preenchidos todos os requisitos legais impostos, é sem dúvida promover o preconceito, a postura além de totalmente equivocada é preenchida de preconceito e discriminação, além do mais, se comete duas inconstitucionalidades, cerceando o direito de parceiros do mesmo sexo constituírem família conforme preconiza o artigo 226 e veda que crianças e

adolescentes tenham dinheiro ao convívio familiar, nos termos do que garante o artigo 227 também da Constituição Federal.

Sobre a adoção, é necessário deixar claro que este instituto visa, antes de mais nada, atender ao melhor interesse na criança ou adolescente, de modo que a orientação sexual dos adotantes não é requisito para que a adoção se proceda. Desse modo, nada obsta que os casais homoafetivos possam adotar se demonstrar possuir efetivas condições de promover a educação e dar afeto a uma criança o adolescente. É preciso lembrar que crianças que estão à espera de adoção geralmente já foram vítimas de dolorosas experiências de vida, e encontram-se a espera de alguém que as queira e ame de verdade. Ademais, cumpre observar que é dever do Estado proteger as crianças e adolescentes, não podendo o preconceito vencer a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo que mantêm uma família afetiva adotem uma criança.

A legislação pátria se nega a emprestar juridicidade às relações homoafetivas e conforme já foi dito não existe norma legal que autoriza ou veda expressamente a adoção. Nem mesmo o ECA traz qualquer norma expressa que vede essa prática. O fato de não existir legislação específica que ampare ou proíba a adoção por casais homoafetivos, não implica em dizer que os mesmos não tem direito a pleitear conjuntamente o direito à adoção.

Deve sempre prevalecer o princípio do melhor interesse do infante, desse modo, a adoção não pode estar condicionada à orientação sexual do adotante ou seu contexto familiar.

Conforme preconiza o artigo 43 do ECA: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”, logo, não há motivos para que não seja deferida a adoção de uma criança por um casal homossexual, se este casal viverem em uma verdadeira união estável e sejam capazes de oferecer um ambiente familiar, digno e tranqüilo, cercado de proteção, amor, solidariedade,

cumprindo com respeito os deveres de assistência recíproca e fidelidade, não se pode negar uma real vantagem para o adotando.

A dificuldade em deferir adoções por casais homoafetivos em virtude única e exclusivamente da orientação sexual de seus membros acaba impedindo que um número significativo de crianças sejam subtraídas da marginalidade e dos abrigos, onde se encontram em situação irregular.

Ante a inexistência de legislação, os juristas e operadores do direito, devem se valer da interpretação extensiva da legislação, baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade e à família que são garantidos pela Lei Maior, evitando-se assim que fechem os olhos para essa gritante realidade.

Nessa esteira de silêncio do legislador, a jurisprudência ocupa um papel muito importante como um meio de assegurar que os homossexuais exerçam seus direitos como cidadãos, tem-se observado inúmeros avanços, demonstrando que a atual realidade social nos conduz à aceitação dessa formação familiar, portanto necessário se faz colacionar algumas decisões jurisprudências nesse sentido:

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).

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens.

Votação:Unânime Resultado: Apelo improvido

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível).

Nesse sentido, acertado são os dizeres de Maria Berenice Dias quando nos diz que é necessário revolver princípios, rever valores e abrir espaços para novas discussões. É chegada a hora de acabar com a injustificável resistência a que indivíduos ou casais homossexuais acalentem o sonho de ter filhos.

5.2.1 Possibilidade da Dupla Parentalidade

Quando se fala na possibilidade de adoção por casais homoafetivos, outro tema que tem gerado muita controvérsia entre os que se posicionam de forma desfavorável a adoção dessa medida, é a questão do registro. Entretanto, temos que o argumento da impossibilidade do registro do filho não pode ser utilizado para que se impeça que a adoção se proceda.

A Lei nº 6.015 de 1973, conhecida como “Lei dos Registros Públicos” não traz nenhum óbice para que o registro se proceda. A Lei faz apenas exigências meramente formais, tais como a indicação de nomes e prenomes dos pais e dos avós paternos. Nada impede que o registro indique, como pais, duas pessoas de sexo idêntico.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 47, §1º prevê apenas que: “a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes”. Percebe-se portanto, que o referido artigo não faz nenhuma discriminação com base no sexo biológico dos adotantes.

O magistrado, quando do deferimento da adoção, pode determinar que na certidão de nascimento que será registrada, use-se as terminologias: “filho de: ... e de: ...”, “responsáveis legais”, “sendo pais” / “sendo mães”, vez que, para a segurança jurídica do adotado, não importa as terminologias empregadas.

A respeito do tema, os dizeres de Enézio de Jesus:

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. Devendo espelhar a filiação não somente biológica, mas também afetiva, a certidão de nascimento terá de contemplar os nomes dos pais/mães do mesmo sexo, refletindo a realidade socioafetiva na qual a acriança ou adolescente estará inserida, através da adoção.⁴¹

Portanto, verifica-se que não há no ordenamento jurídico pátrio restrições para que o registro se proceda. Deve-se abandonar as interpretações sob o olhar da segregação, impregnadas de preconceito e subjetivismo. Devem os operadores do direito acompanhar a veloz transformação da sociedade vez a dupla parentalidade inscrita em certidão de nascimento, só vem evidenciar o amor que brota da constituição dessa família.

⁴¹ JUNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 194.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as considerações apresentadas neste trabalho, concluímos que a homoafetividade continua sendo um tema polêmico vez que boa parte da sociedade, inclusive juristas, a veem como um comportamento anormal. Essa visão equivocada faz com que os homossexuais tenham seus direitos suprimidos e estejam excluídos da proteção jurídica do Estado. Entre essa restrição de direitos, podemos citar o de constituir família e ter sua entidade reconhecida como tal. Nessa esteira, encontra-se outra questão delicada, a possibilidade jurídica da adoção por pares homoafetivos. Esta realidade torna-se cada vez mais presente em nossa sociedade vez que as demandas no judiciário brasileiro envolvendo cidadãos com essa orientação afetiva têm aumentado significativamente.

Cabe-nos lembrar que a sociedade encontra-se em constante transformação, e a família vem apresentando cada vez mais diferentes formas de organização, assim, apresentam-se novas formas de entidades familiares, em que o afeto se mostra como elo fundamental entre seus membros, incluindo-se as famílias monoparentais, decorrentes de uniões estáveis e igualmente formadas por casais homoafetivos. Desse modo, não reconhecer as novas famílias formadas por casais homoafetivos, é negar a estas entidades a proteção jurídica do Estado, ao arripio da Constituição Federal de 1988 que trouxe como princípio basilar a dignidade da pessoa humana que veda qualquer tipo de discriminação.

O Direito, como regulamentador dos fatos sociais, tem a obrigação de tutelar essa modalidade de adoção, vez que esta atitude respeita a isonomia entre os seres humanos e principalmente dá efetividade ao princípio da proteção

integral à criança, garantindo às mesmas a possibilidade de serem criadas no seio de uma família homoafetiva, que lhe ofereça, carinho, amor, atenção e educação, evitando assim sua marginalização.

Desta forma, conclui-se que não há justificativa para o atraso legislativo pátrio, e nem para a impossibilidade jurídica do pedido de adoção formulado por um casal homossexual, pois isto seria desconsiderar o poder jurisdicional do magistrado realizar uma interpretação eficaz, em sintonia com a realidade fática que se apresenta, de acordo com os fins sociais aos quais a lei se dirige.

Os argumentos frequentemente utilizados para a proibição da adoção homoafetiva são arcaicos, baseados em puro preconceito e por sua vez totalmente contrários aos princípios norteadores da legislação brasileira. Temos que em um Estado Democrático de Direito não existe lugar para decisões embasadas em preconceitos infundados e idéias mal concebidas, desprovidas de argumento científico.

Conclui-se, portanto, que não há impedimentos para que um casal homoafetivo adote uma criança ou adolescente desde que preencham os requisitos impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e que este casal seja capaz de propiciar ao adotando um ambiente saudável, em que receba todo suporte necessário ao seu desenvolvimento, não sendo a orientação sexual do adotante motivo forte para o não-deferimento da adoção.

Felizmente, a jurisprudência pátria tem começado a se mostrar sensível à necessidade do reconhecimento do direito da adoção por casais homoafetivos, conforme exposto no corpo deste trabalho, já passa a conceder à família formada por pessoas do mesmo sexo o direito à adoção, e começa a ver a família como uma entidade constituída a partir dos laços do afeto.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (2010). **Constituição da república federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Código Civil (2010). **Código civil brasileiro**. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 10 de agosto de 2010.

BRUNET, Karina. Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. In: **Revista jurídica**. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, a. 48, n. 281, mar. 2001.

BUCHER, Júlia S. N. Ferro. O casal e a família sob novas formas de interação. In: **Casal e família: entre a tradição e a transformação**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Comentários ao art. 19 do ECA. In: CURY, Munir. et. al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIAS, José Carlos. In: CURY, Munir (coord.) **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Editora: Livraria do Advogado. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família.** Elementos críticos a luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Mariana de Oliveira; Bortolozzi, Ana Cláudia. **Adoção por homossexuais – a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto – a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Curitiba: Livraria do Advogado, 2005.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A natureza jurídica da relação homoerótica.** In *Revista da AJURIS*, n. 88, – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

LAMENZA, Francismar. **O novo código civil e a violação ao direito da convivência familiar**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Portals/0/docs/ficheros/200410140028_15_0.doc>. Acessado em 19.10.2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**, v. 1. Curitiba: Juruá, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acessado em: 20/09/2010.

LUZ, Valdemar Pereira. **Curso de direito de família**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Filiação e homossexualidade**. Disponível: <
http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/matos%2C_ana_carla_harmatiuk_filia%27%2E3o_e_homossexualidade..pdf>. Acessado em: 20/09/2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume 1**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares**: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: Temas de Direito Civil. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2 ed. São Paulo: Ediouro, 2000.