

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

EMANOÉLI CALHARI

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO POR
CASAS HOMOAFETIVOS**

CURITIBA
2015

EMANOÉLI CALHARI

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO POR
CASAIS HOMOAFETIVOS**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos.

CURITIBA
2015

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO POR CASAS 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.
Orientadora

Coorientador

Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Primeiro Membro

Giovanna Bonilha Milano
Segundo Membro

*Dedico este trabalho aos meus pais, às minhas irmãs, ao meu sobrinho e a todos os amigos que me apoiaram nesses longos e árduos 5 anos de caminhada.
Com muito amor e carinho.*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica da aplicação do princípio do melhor interesse nos processos de adoção, especialmente nas adoções feitas por casais homoafetivos. A Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, denominada como a Lei Nacional de Adoção não admitiu de forma expressa a possibilidade da adoção por casais homoafetivos. No entanto, a legislação pátria não faz nenhuma referência à orientação sexual do adotando. Verifica-se que não existe um conceito preciso do que seria o melhor interesse da criança e do adolescente, tendo, o intérprete se utilizado de critérios subjetivos para tentar promover a efetiva implementação do melhor interesse. Para uma melhor compreensão, faz-se necessária uma breve análise do instituto da adoção, do conceito plural de família - advindo pela Constituição de 1988, e dos avanços do Judiciário e o retrocesso do Legislativo quanto ao tema. Por fim, pretende-se fazer um estudo sobre o princípio do melhor interesse analisando a interpretação de sobreposição deste a qualquer outro interesse.

Palavras- chave: Adoção. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Família. Casais Homoafetivos

ABSTRACT

This paper aims to conduct a review of the application of the principle of best interest in adoption processes, especially in adoptions by homosexual couples. Law No. 12,010 of August 3, 2009, known as the National Adoption Act does not expressly admitted the possibility of adoption by homosexual couples. However, the Brazilian legislation makes no reference to sexual orientation from adopting. It is found that there is a precise concept of what would be the best interests of the child and adolescent, and the interpreter was used subjective criteria to try to promote the effective implementation of best interest. For a better understanding, it is necessary a brief analysis of adoption of the institute, the plural concept of family - arising in the 1988 Constitution, and the advances of the judiciary and the legislature kick on the subject. Finally, we intend to make a study of the principle of the best interest analyzing the interpretation of this overlap any other interest.

Key words: Adoption. Best Interest of the Child and Adolescent. Family. homosexual couples.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	10
2.1 Os Microssistemas do Direito Civil Constitucional e a Proteção da Criança e do Adolescente.....	15
2.2 Tutela da criança e do adolescente no microssistema do ECA	17
2.3 O procedimento da adoção no Brasil e a Lei 12.010/2009.....	21
2.4 ECA <i>versus</i> a realidade das crianças e adolescentes em condição de vulnerabilidade	25
3 HOMOPARENTALIDADE E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	31
3.1 Novos contornos acerca do direito de família.....	32
3.2 A Família Eudemonista.	36
3.3 O Reconhecimento da família homoafetiva.....	38
3.3.1 Adoção por casais do mesmo sexo.....	40
3.4 A família homoparental.....	42
4 O PROJETO HOMOPARENTAL EM PARALELO COM O ATENDIMENTO DO MELHOR INTERESSE	47
4.1 A resistência do Legislativo em aprovar leis que assegurem direitos aos pares homoafetivos.	50
4.2 A adoção por casal homoafetivo e o melhor interesse da criança e do adolescente.....	54
4.3 Da interpretação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
6 REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O conceito plural de família foi consagrado pela Constituição de 1988, a qual inseriu os diversos modelos de família não abarcados pelo legislador do ordenamento jurídico anterior. Foi somente a partir da Constituição de 1988, que se deu tratamento e amparo jurídico as relações não consubstanciadas no matrimônio, como também se reconheceu a igualdade entre filhos advindos fora do casamento.

No âmbito do Direito de Família, observaram-se várias mudanças, tendo por destaque, o próprio conceito de família, passando-se a se valorizar o afeto em detrimento do vínculo biológico.

Por outro lado, não se teve o reconhecimento das relações homoafetivas, tendo o texto constitucional tratado apenas dos casais heterossexuais nos institutos do casamento e da união estável.

Diante desta problemática, doutrinadores e interpretes se debruçaram em busca de uma melhor solução, a fim de que não se ferissem os princípios fundamentais da pessoa humana com uma aplicação restrita dos dispositivos legais. Nesse sentido, destaca-se a influência da hermenêutica constitucional, que elevou a dignidade da pessoa humana como princípio central do ordenamento pátrio.

A omissão do legislador acabou sendo suprida pelo Judiciário, tendo o magistrado se apropriado da interpretação dos dispositivos para melhor atender as demandas dos movimentos sociais LGBT. A lacuna legislativa também incidiu nos processos de adoção por pessoas do mesmo sexo. O tema passou a ser constantemente discutido tanto na doutrina, quanto na Jurisprudência. Enquanto o legislador se omitia, não reconhecendo os direitos dos homossexuais, várias decisões concederam direitos às relações homoafetivas.

Atualmente se tem uma visão mais tolerante à imagem da família homossexual, pois em um tempo não distante, a homossexualidade (por influência de algumas bancadas religiosas) foi enxergada como doença, gerando inúmeras dúvidas acerca da possibilidade da adoção por casais do mesmo sexo.

Diante da realidade social, passou-se a buscar a proteção da família homoafetiva, e para efetivação de seus direitos é necessário antes de tudo seu reconhecimento como entidade familiar. No entanto, encontra-se empecilhos para essa concretização, a exemplo o Projeto de Lei nº6583/2013 mais conhecido como

Estatuto de Família. Referido projeto estabelece que entidade familiar é formada apenas por homem e mulher, restringindo dessa forma o conceito de família, deixando fora da proteção jurídica as diferentes conformações familiares.

Deste modo, o objetivo deste estudo é através de uma revisão bibliográfica, doutrinária e de uma análise de precedentes verificar a relação entre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o projeto homoparental. Pretende-se nesse mesmo tempo, analisar a interpretação dada ao princípio nos casos concretos. Para tanto se faz necessária uma breve análise histórica do instituto da adoção, indicando alguns pontos que corroboram para que a adoção não seja um processo célere e efetivo. Em seguida serão abordados os novos contornos do direito de família, tendo a afetividade reconhecimento de vínculo dos indivíduos, não mais se restringindo aos laços sanguíneos como única forma para se constituir uma família.

Posteriormente será analisado a família como instituição funcionalizada e com fim eudemonista, o qual será de fundamental importância para compreendermos a família homoparental, como busca de uma felicidade coexistencial entre seus membros. Nesse ponto, serão tratados alguns precedentes jurisprudenciais, tendo como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal, que equiparou a união estável homoafetiva à entidade familiar.

Também se pretende analisar a homoparentalidade como forma de constituir família, desmitificando alguns mitos e paradigmas através de um estudo psicanalítico.

No terceiro capítulo serão analisados os aspectos da legislação nacional e a omissão do legislador em editar leis que assegurem os direitos da família homoafetiva, o que incidirá, portanto, no debate da adoção de crianças e adolescentes por pares do mesmo sexo.

Por fim, pretende-se analisar a aplicação do melhor interesse da criança e do adolescente quanto ao tema da adoção por casais homoafetivos, tendo como referência a interpretação de que o princípio deve-se sobrepor aos interesses de terceiros. Ressalta-se que o objetivo central desse estudo é analisar o verdadeiro atendimento ao melhor interesse, não restringindo a interpretações carregadas de preconceitos pelos operadores de direito, propiciando dessa forma um engessamento do referido princípio.

2 DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Por grande parte do período de sua vigência, o Código Civil de 1916 tinha por objetivo regular as relações sociais privadas em toda sua amplitude. O referido diploma tinha premissas consonantes com o sistema clássico do Direito Civil, o qual se traduz na concepção individualista e patrimonialista advinda das doutrinas consagradas pelo Código de Napoleão.

As codificações do século XIX traziam uma clara distinção entre direito público e direito privado, sendo que aquele em nada interferia na esfera privada. Por conseguinte, o Código Civil Brasileiro do século passado assumiu o papel de único diploma das relações privadas¹. Enquanto os Códigos regravam sobre a liberdade contratual, autonomia da vontade e proteção do direito à propriedade, a Constituição da época, tratava preponderantemente da estrutura e da organização do Estado e, portanto, apenas delimitava os limites de sua atuação, respeitando a esfera particular do indivíduo.

Com a Constituição de 1988, o Direito Civil teve de abandonar essa postura patrimonialista herdada do século XIX, principalmente, a influência do Código Napoleônico. Deste modo, notou-se a passagem de uma concepção individualista do “direito privado” e se privilegiou o ser humano e a “dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais”².

Com fundamento na dignidade da pessoa humana, questionou-se acerca da interferência do Estado na escolha dos indivíduos em constituir suas famílias. Nesse sentido, abriu-se espaço para uma nova concepção de família, a qual não fizesse menção a qualquer distinção da orientação sexual dos seus membros.

Como bem destaca Fachin:

Transformações conceituais dão nova feição ao legado individualista do sistema clássico: duas expressões aí calham do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania. A evolução no plano das ideias se inspira na característica construtiva das relações. Indivíduo, sociedade e relações interprivadas se reacendem na **concepção eudemonista**. Esse arranjo de

¹ “Nesse cenário, tornou-se bem delineado o significado constitucional do Código Civil para o direito privado, sem que se alvitrasse, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Op.cit.,p.24)

² FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.59p.59.

ninho traduz uma espécie de pursuit of happiness by free men, essa busca une felicidade e liberdade, como se apontou também na Itália: ricerca della felicità da parte di uomini liberi.³ (Grifou-se).

Ademais, o Direito Civil teve de se adequar tanto à realidade social, quanto à influência dos princípios, que desde então passaram a irradiar por todo o ordenamento jurídico brasileiro⁴. Nesse novo contexto, os operadores de direito começaram a realizar a interpretação e a aplicação das normas juntamente com o texto constitucional⁵.

Diante da nova sistemática, criou-se um elo entre o direito civil e o direito constitucional, contudo, não se confundindo as duas esferas, tendo em vista que cada uma tem suas próprias peculiaridades. Nesse sentido, insta ressaltar que a divisão público e privado tem apenas relevância didática, tendo em vista que o Direito é uno e indivisível, e que sua divisão sistemática se faz necessária para conferir maior harmonia ao todo. Como bem explica Pietro Perlingieri:

o constitucionalismo transformou a configuração tradicional do sistema jurídico, transferindo o próprio baricentro do próprio sistema, fundado atualmente sobre valores fortes, hierarquicamente prevalecentes e unitários para todo o ordenamento: valores que não devem mais ser emprestados da legislação ordinária caracterizada, como é, pela inconstância e, ainda por cima, pela natureza preponderantemente privatística e patrimonialista.⁶

Em outra obra, Perlingieri reafirma sobre a unidade do sistema jurídico e o centralismo constitucional, e que a dificuldade em fazer uma distinção entre o público e o privado está na dificuldade em delimitar os interesses individuais e os interesses de natureza pública. Segundo o autor, a distinção entre o direito privado e

³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.59.

⁴ Segundo a teoria de Dworkin, as normas jurídicas se apresentavam de duas maneiras distintas (regras e princípios). Enquanto as regras se aplicavam na lógica do tudo-ou-nada, ou seja, a regra é válida ou não é válida. Já os princípios poderiam incidir com maior ou menor intensidade quando da aplicação no caso concreto. Ainda, de acordo com Dworkin, os princípios teriam uma dimensão que as regras não têm, que seria a dimensão de peso ou importância. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.111.

⁵ Nesse sentido, o pluralismo jurídico pode constituir uma nova concepção ético moral, da qual se extrai um novo modo de interpretação do Direito, considerando que o jurista terá o desafio de aplicar o Direito no contexto em que a sociedade está inserida. Permite-se afirmar que a “Jurisprudência tem relevante papel como instância de reconhecimento de outras fontes”. HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 106.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.592.

público entrou em crise, tendo a “elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia (tome-se, como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades)”⁷, como um dos motivos desse fim de delimitação das fronteiras.

Pode-se dizer, portanto, que o direito civil deixou de ser aplicado apenas pelas diretrizes normativas privadas e passou a ser interpretado conforme a Constituição. Logo, adotando-se essa nova visão, o direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção clássica, individualista, conservadora e elitista das codificações anteriores.

É certo que a Constituição, como Lei Maior, tem hierarquia máxima diante de leis específicas, da doutrina, do costume e da jurisprudência. Deste modo, para manter uma unidade e coerência de todo sistema é necessário que o Código Civil e as demais Leis se adaptem às normas constitucionais, pois caso contrário, a lei conflitante será totalmente revogada.

Há também que se pontuar sobre a influência da nova hermenêutica constitucional, a qual propõe que se devem respeitar todos os direitos sociais já previstos na Constituição. Nesse sentido, dentre todos os princípios do nosso sistema jurídico, o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) merece maior destaque, não só porque dele decorrem todos os outros, mas também porque quando se atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhece-se o direito à vida, à moradia, à saúde, à família, à infância, entre outros.

Destaca-se o conceito da dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant, o qual numa visão antropocentrista afastou o conceito de valor (preço) ao ser humano, tendo em vista que este é um ser racional, é um fim em si mesmo, e é autônomo.⁸ Nas palavras de Kant:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁹

Deste modo, para Kant , o homem, enquanto ser racional, existe como fim

⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.53.

⁸ QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant..** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 13 de setembro de 2015.

⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 65.

em si mesmo, e nunca simplesmente como meio. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana está condicionada ao não tratamento das pessoas como meio, ou seja, como meros objetos.¹⁰ Em síntese é isso que Kant explica quando identifica a racionalidade no ser humano, o qual por ter uma dignidade, nunca poderá ser servir de meio para outro humano.

Importante destacar a definição da dignidade para Ingo Wolfgang Sarlet, o qual entende que ela tem concepção aberta, multideimensional e inclusiva. Seguindo os ensinamentos de Kant, Sarlet aponta a dignidade da pessoa humana como qualidade inerente e distintiva ao homem, o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por terceiros (Estado e comunidade). E em decorrência dessa qualidade intrínseca e distintiva, o ser humano tem um complexo de direitos e deveres fundamentais, os quais o asseguram contra qualquer ato degradante e desumano, bem como garantem um vida com condições existenciais mínimas para uma vida saudável.¹¹

Ainda, segundo o referido autor, devem ser atendidos algumas condições mínimas para que a dignidade tenha a sua eficácia plena. Conforme Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹²

Sob esse aspecto, válido nos reportarmos aos ensinamentos da autora Hannah Arendt, que em sua obra “A condição humana”, tratou sobre as condições mínimas para a existência do homem, salientando que devido ao homem ter a característica de ser condicionado, tudo aquilo que ele entra em contato “torna-se imediatamente uma condição de sua existência”¹³.

Ainda, Hannah Arendt reflete sobre as experiências da vida humana,

¹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 58.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

¹² Ibidem, p. 68.

¹³ ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.17.

destacando as três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação¹⁴. Segundo a autora essas atividades seriam importantes para compreensão da evolução humana, bem como sua sobrevivência e sua racionalidade.

A dignidade, como valor intrínseco ao homem, gera para todo e qualquer indivíduo direitos, dos quais tem autonomia para decidir sobre suas condições mínimas existenciais. E até mesmo quando esta autonomia faltar ao homem, o princípio deve ser respeitado, tendo em vista sua íntima ligação com a condição humana¹⁵, ou seja, esta seria a base para a efetivação do princípio da dignidade humana.

Ademais, a efetivação deste princípio não se resume a apenas assegurar os direitos existenciais mínimos a sua sobrevivência (bens materiais), mas segundo Norberto Bobbio¹⁶, a dignidade também se refere ao acesso aos bens imateriais¹⁷, como o direito à vida e à integridade física, por exemplo.

Portanto, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, as relações homoafetivas estariam incluídas no âmbito familiar, não havendo qualquer justificativa para sua exclusão, devendo o Estado respeitar e preservar as diferentes conformações de família.

Nesse sentido, deve-se assegurar a todas as pessoas, inclusive aos adotados, condições mínimas que lhes proporcionem uma vida digna, com todos os direitos fundamentais que lhes são inerentes. Partindo dessa perspectiva, nenhuma pessoa deve ser reduzida à coisa, sendo por este motivo que o adotado não será tratado como mero objeto da norma. O instituto da adoção, conforme a Nova Lei nº 12.010/09 encontra respaldo no respeito à dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais dos adotados.

Em suma, parte-se do pressuposto de que para a efetivação da dignidade da pessoa humana é imprescindível que se atenda uma série de outros direitos fundamentais e se respeite as condições intrínsecas ao homem, de modo que para se ter qualquer direito reconhecido primeiro deve ser respeitado à dignidade da pessoa humana.

¹⁴ ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.15.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.25-26.

¹⁷ Da mesma forma, Barroso nos ensina que “a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.336.

Tendo em vista a incidência horizontal dos direitos fundamentais e a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, deve-se atentar às relações interprivadas para que se atenda o princípio da dignidade de forma eficaz. Sob esse aspecto, é relevante o tema da inserção da criança em um núcleo familiar, uma vez que identificada sua posição de vulnerabilidade social, ou seja, quando em situação de abandono ou quando afastadas do convívio familiar.

Essas reflexões das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade serão objeto deste trabalho, mais especificamente no subitem a seguir.

2.1 Os microsistemas do direito civil constitucional e a proteção da criança e do adolescente

No âmbito do direito de família, a Constituição ofereceu um novo aporte ao Código Civil, uma vez que abarcou modalidades de família diversas do tradicional e anteriormente codificado modelo matrimonial. A Constituição não só atendeu a novos valores sociais, como também concretizou os direitos da pessoa humana nas esferas subjetiva e afetiva.

E, diante de um novo Direito Civil, qualquer norma jurídica do Direito de Família exige a presença de fundamento de validade constitucional¹⁸. Nas palavras de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Com a nova sistemática constitucional, houve mudança mais do que significativa com referência à hipótese de colocação dos filhos no seio da família. No sistema anterior à Constituição Federal de 1988, os filhos pertenciam às famílias, sem que tivessem qualquer direito, pois, na hierarquia familiar, ficavam em plano inferior. **Na nova sistemática, com a consagração do Princípio da Igualdade trazido para a família, combinado com o Princípio Fundamental da Dignidade Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), a família se torna instituição democrática, deixando de ser encarada sob o prisma patrimonial e passando a receber enfoque social, o que se denomina *despatrimonialização da família*.** Isso faz com que os filhos passem a ser tratados como membros participativos da família, tornando-se titulares de direitos. O filho passa a ser o centro de atenção da família¹⁹. (Grifou-se).

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT, 2013, 9ª ed. p. 36.

¹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312.

Como bem destacou Ricardo Lucas Calderón, em sua obra “Princípio da Afetividade no Direito de Família²⁰”, não houve uma contraposição entre o direito infraconstitucional da família e o direito constitucional, pelo contrário, entre as duas esferas “deve haver uma proximidade e sintonia na exegese unitária destes dispositivos”.

Neste sentido, merece transcrição o posicionamento de Luiz Edson Fachin:

A família, não obstante se submeta à legislação infraconstitucional, tem o centro irradiador da sua regulação no Texto Constitucional. E é a partir daí que se fala na incidência dos princípios constitucionais não apenas nas relações familiares, mas em todas as relações interprivadas; não apenas no campo dos direitos fundamentais, como queira ler o constitucionalismo, mas em todas as dimensões das relações privadas: nos contratos, na família, na propriedade. Os princípios constitucionais passam a incidir de maneira direta e imediata, sem que isso represente um salto sobre o legislador ordinário (...)²¹

Nota-se ainda, que a constitucionalização também incidiu sobre os microssistemas advindos do novo texto constitucional, como também naqueles que vieram após a promulgação da Carta Magna, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nas palavras de Lorenzetti:

O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e microssistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.²²

Embora esses microssistemas se refiram ao direito privado, eles têm, em sua maioria caráter interdisciplinar, pois se comunicam não apenas com o Direito Privado, mas também com o Direito Público. É o que se encontra, por exemplo, no microssistema da infância e juventude.

O Estatuto da Criança e do Adolescente abarca não só questões típicas do direito privado e constitucional. Há também questões de direito administrativo,

²⁰ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: *Renovar*, 2013, p.

²¹ FACHIN, Luis Edson. Princípios Constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 p. 123.

²² LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil – atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.221.

quando se faz menção, por exemplo, a sanções administrativas; questões do direito penal quando se faz referência às sanções disciplinares; e questões do direito do trabalho, quando se refere a proibição do trabalho infantil, exceto quando na função de menor aprendiz.

Conforme exposto no item anterior, o constituinte de 1988 consagrou uma nova ordem constitucional, em que a dignidade da pessoa humana antecede todos os demais princípios, tendo, portanto, preponderância em relação aos interesses de terceiros. Em suma, é nessa perspectiva que deve ser aplicado o Direito da Criança e do Adolescente aos casos concretos.

2.2. Tutela da criança e do adolescente no microsistema do ECA

Refletindo essa tendência de microsistematização, o Estatuto da Criança e do Adolescente, doravante ECA, (Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990) foi fruto de debates e construções jurídicas acerca do tratamento atribuído às crianças e aos adolescentes brasileiros. Foi a partir do ECA, que se abandonou a doutrina da Situação Irregular, exposta pelo Código de Menores de 1979 para então se implantar a doutrina da Proteção Integral, respaldada em dois princípios, quais sejam, princípio da Proteção Integral e o princípio do Melhor Interesse.

A doutrina da Situação Irregular era destinada apenas àqueles que estivessem em “situação de perigo moral ou material” ou em “situação irregular”. A situação em perigo era baseada nos critérios da “carência e delinquência”²³, sendo, portanto, requisitos indispensáveis para aplicação da norma. Deste modo, o Código de Menores de 1979 revelava-se como uma política discriminatória e estigmatizante, na qual todos os problemas da infância e da juventude estavam relacionados à pobreza e à marginalização social.

²³ “Aqui se apresentava o campo de atuação do Juiz de Menores, restrito ao binômio carência/delinquência. Todas as demais questões que envolvessem crianças e adolescentes deveriam ser discutidas na Vara de Família e regidas pelo Código Civil”. AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

Conforme art. 2º do Código de 1979²⁴ considerava-se em situação irregular a criança ou o adolescente que pela ação ou omissão dos pais ou responsáveis, estivessem privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde, bem como fossem vítimas de maus tratos ou estivessem em eventual perigo moral, dentre outros requisitos.

Ainda, de acordo com mencionada doutrina, o Estado, verificando que a família não tinha condições econômicas para a garantia de uma vida digna à criança, poderia retirá-la do convívio familiar, decretando a perda ou a suspensão do poder familiar, levando-a a um estabelecimento estatal “adequado” (art. 45, inc. I, da Lei 6.697/79).

Outra característica marcante da doutrina da Situação Irregular era o tratamento destinado à criança e ao adolescente. Numa perspectiva bastante paternalista, a criança e o adolescente eram considerados objetos da norma, razão pela qual, necessitavam de ampla proteção do Estado. Além disso, de forma inadequada, eram os menores considerados sujeitos mentalmente incapazes, sendo comparados aos inimputáveis por motivo de enfermidade ou deficiência mental.

Conforme sintetiza João Batista Costa Saraiva:

A ideia de incapacidade dos menores, colocados como insusceptíveis de qualquer responsabilidade, os colocava em uma condição similar aos inimputáveis por sofrimento psíquico, tanto que as medidas aplicáveis aos menores faziam-se por tempo indeterminado, em um caráter muito semelhante à medida de segurança aplicável aos inimputáveis por incapacidade mental.²⁵

Durante a vigência do Código de Menores, constatou-se que o Estado atuava de maneira segregatória, na qual, crianças e adolescentes eram levados aos

²⁴ I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

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

III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

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

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal. BRASIL. LEI No 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm> Acesso em 08 de setembro de 2015

²⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.43.

internatos ou, no caso de infratores, eram recolhidos às entidades de internação através do sistema FEBEM. Os menores considerados em situação irregular eram reconhecidos como filhos de famílias pobres, geralmente negros ou pardos, vindos do interior da periferia, evidenciando uma marginalização socioeconômica.

Foi a partir do século XX que crianças e adolescentes deixaram de ser vistos como objetos da norma, passando à condição de sujeitos de direito e obrigações. Ademais, abandonou-se a comparação que antes era realizada entre os menores e os inimputáveis por incapacidade mental, passando-se a considerar que a criança e o adolescente estavam em um período de transição, uma condição peculiar de desenvolvimento, razão pela qual necessitavam de tratamento diferenciado.

O Estatuto objetivou proteger a criança e o adolescente, de modo a se aproximar das regras do Direito de Família regido pelos princípios constitucionais e pelas diversas conformações de entidade familiar presentes na sociedade brasileira. No entanto, o ECA deixou de se manifestar sobre a família homoafetiva, deste modo, não se teve uma harmonização com as mudanças sociais que ocorreram no âmbito familiar.

O ECA reforçou a ideia de “prioridade absoluta” da Constituição Federal Brasileira de 1988, tratando a criança e o adolescente como destinatários da proteção integral, sendo dever da família, da sociedade e do poder público, com “absoluta prioridade”, assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária²⁶.

Nesse sentido, o ECA inovou no que se refere à proteção de crianças e adolescentes, pois não apenas assegurou os direitos fundamentais a esse grupo vulnerável, como também trouxe um sistema preventivo, que tem como objetivo central prevenir qualquer forma de vitimização.

Desta forma, o século XX trouxe mudanças significativas no que se refere aos direitos das crianças e adolescentes principalmente no ano de 1959, com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, e com a Convenção das Nações Unidas de 1989. Esta última foi ratificada pelo Brasil através do Decreto

²⁶ Cf. o art. 227, caput, primeira parte da Constituição Federal.

nº99.710/90, trazendo um conceito diverso do texto original em inglês no que se refere ao "the best interest".

O melhor interesse da criança ingressou no ordenamento jurídico brasileiro sob o *status* de princípio constitucional. Segundo Tânia da Silva Pereira²⁷, enquanto a versão original trouxe um conceito qualitativo (*the best interest*), a tradução brasileira privilegiou um critério quantitativo – o maior interesse da criança. Entre as duas versões, adotamos o conceito qualitativo - melhor interesse – considerando o conteúdo da Convenção, as orientações legislativas e jurisprudenciais, bem como a análise dos casos concretos. Nas duas interpretações o que importa destacar é que ambas refletem à busca da efetividade dos direitos infanto-juvenis, os quais devem prevalecer sobre os interesses de outros indivíduos e instituições.

Segundo Andréa Rodrigues Amin²⁸, "na vigência do Código de Menores, a aplicação do princípio do melhor interesse limitava-se as crianças e adolescentes em situação irregular". Com a doutrina da proteção integral a aplicação do referido princípio se estendeu a todo público infanto-juvenil.

Na qualidade de princípio, o melhor interesse da criança foi expresso na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. Costa Saraiva assevera que "a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, consagrando a Doutrina da Proteção Integral, se constitui no principal documento internacional de Direitos das Crianças" e embora não seja, cronologicamente, o primeiro texto, contribuiu "decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança."²⁹.

Como foi exposto anteriormente, o Brasil ratificou os Tratados Internacionais que trataram sobre a vulnerabilidade e a proteção integral do público infanto-juvenil.

Neste viés, torna-se imprescindível desenvolver um estudo acerca da inserção da criança no ambiente familiar, seja ele formado por casais homossexuais

²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática.** Disponível em http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf. Acesso em 21 de setembro de 2015.

²⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** 8. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

²⁹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.56

ou heterossexuais, tendo em vista que o instituto da adoção objetiva garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

2.3 O procedimento da adoção no Brasil e a Lei 12.010/2009

A adoção, após a Constituição de 1988, é entendida como meio de inserção da criança e do adolescente em um ambiente familiar, que a partir da sentença judicial e do registro de nascimento (que conclui a adoção), o adotado se converte de forma definitiva em filho. De acordo com o autor Paulo Luiz Netto Lôbo³⁰, criado o vínculo jurídico próprio da filiação, os pais não poderão mais impugnar sobre a condição do filho e nem mesmo o adotado poderá impugnar a paternidade, mesmo quando atingida a maioridade, de forma que o art. 1.614 do Código Civil é inaplicável nesses casos.

Quanto à natureza jurídica, a doutrina pátria traz cinco posições divergentes³¹, que tentam explicar a matéria. Dentre as cinco posições, a doutrina majoritária defende que a corrente que conceitua a adoção como um ato complexo se apresenta mais correta, tendo em vista que a adoção passa por dois momentos distintos: no primeiro, possui natureza negocial, em que há a manifestação das partes interessadas afirmando que aceitam a adoção (fase postulatória); e num segundo momento há a atuação do Estado, quando se verifica por meio de equipe especializada se há ou não a conveniência da adoção (fase instrutória).

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A Adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. **Não é negócio jurídico unilateral**. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração (art. 39 do ECA)³² (Grifou-se).

³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.64.

³¹ “A primeira corrente defende que a adoção é uma instituição; a segunda corrente entende a adoção como um ato jurídico; a terceira corrente tenta explicar a adoção como um ato de natureza híbrida; a quarta corrente defende a adoção como um contrato; e a quinta corrente conceitua a adoção como um ato complexo”. TAVARES, Patrícia Silveira. **A adoção após a Constituição Federal de 1988**. Dissertação de mestrado aprovada em 2002, Rio de Janeiro, pp. 15-17 apud BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.313.

³² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273

No processo de adoção, conforme a Lei 12.010/2009, devem ser observados o princípio do melhor interesse e a doutrina da proteção integral (ambos assegurados pelo ECA), pois a adoção objetiva atender o bem estar dos jovens, bem como garantir o desenvolvimento saudável dos adotados. Ademais, a adoção, como modalidade de colocação em família substituta, é medida excepcional, devendo ser utilizada apenas quando as tentativas de manter a criança OU adolescente na família natural tenham se esgotado.

Na esteira do exposto, merece destaque o entendimento de Galdino Augusto Coelho:

De todas as modalidades de colocação em família substituta previstas em nosso ordenamento jurídico, **a adoção é a mais completa, no sentido de que há a inserção da criança/adolescente no seio de um novo núcleo familiar, enquanto que as demais (guarda e tutela) limitam-se a conceder ao responsável alguns dos atributos do poder familiar.** A adoção transforma a criança/adolescente em membro de família, o que faz com que a proteção que será dada ao adotando seja muito mais integral.³³
[Grifou-se]

O instituto da adoção no Brasil teve seu início com o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), sendo quase impraticável a adoção no país nos moldes da legislação vigente na época. O sistema clássico civilístico carregava uma formalidade exacerbada, influenciando diretamente nas relações jurídicas.

Neste ordenamento, previu-se como forma de constituição do ato a escritura pública, além disso, só podiam adotar aqueles que eram casados e com idade mínima de cinquenta anos. Havia distinção entre os filhos biológicos e os filhos adotivos, tendo estes, a herança reduzida à metade a que os filhos biológicos tinham direito³⁴.

Anterior à legislação atual, o Código de Menores, através da Lei nº 6.697/79, tratou o tema da adoção de duas maneiras distintas³⁵: a adoção simples e a adoção plena. A primeira, também chamada de adoção tradicional ou adoção civil, era regulada pelo Código Civil, e se concretizava mediante escritura em cartório. O

³³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

³⁴ Após a Constituição de 1988, o art. 227, § 6º estabelece 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”.

³⁵ Apostila da Célula da Convivência Familiar e Comunitária para o "Programa de Formação Continuada aos Juízos da Infância e da Juventude". p.21-22. CONSIJ-PR e CIJ-PR. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

vínculo de filiação, portanto, nascia através de um contrato entre as partes, ou seja, uma declaração de vontade de adotante e adotado. Deste modo, por ter caráter de negócio jurídico, não é definitivo, e pode ser revogado a qualquer tempo, diferentemente da filiação natural, que é irrevogável. Esse tipo de adoção era aplicado apenas aos maiores de 18 anos.

Por sua vez, a adoção plena era uma espécie de adoção, pela qual o menor adotado, de forma irrevogável passava a ser filho dos adotantes, tendo os mesmos direitos que o filho biológico. Diferentemente da adoção civil, a plena extingue qualquer vínculo com os pais biológicos, excetuando-se para efeitos matrimoniais. A adoção plena era aplicada para crianças de até 12 anos, e adolescentes de até 18 anos incompletos. Após o Código Civil de 2002, passou-se a ter o processo judicial como regime único para a adoção³⁶.

Com o advento da Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, denominada como Lei de Adoção, e com a influência de convenções internacionais, o procedimento de adoção, tanto nacional quanto internacional, passam a ser regidos pelos artigos 39 a 52 do ECA. A Lei Nacional de adoção assume desde então um papel de padronização de ações em todo território nacional, o que implicou que estes padrões deveriam ser fixados em lei, sob a observância do princípio do melhor interesse da criança.

A referida Lei de Adoção propôs inovar com o registro do interessado à adoção em um Cadastro Nacional de Adoção, tendo como um dos objetivos centrais afastar uma prévia escolha da criança adotada, de modo que a adoção *intuitu personae* não fosse aplicada. Segundo Galdino Augusto Coelho Boradallo³⁷, “a existência desses cadastros é bastante útil, pois facilita a apuração dos requisitos legais e facilita a compatibilidade entre adotante e adotando pela equipe interprofissional, o que tornará mais célere os processos de adoção”.

Ante a realidade brasileira, a adoção internacional não pode ser simplesmente deixada de lado. Tratado em diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 46,§ 3º, 51, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D), a adoção internacional sofreu algumas alterações com a Nova Lei de Adoção. A mais

³⁶ O art. 1623 do Código Civil Dispõe que, qualquer que seja a idade do adotando, será judicial, o processo para adoção.

³⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335.

importante delas se refere à ampliação dos qualificados a adotar no país, sendo possível que tanto estrangeiros, quanto brasileiros que residem fora do país possam adotar crianças brasileiras. A Convenção de Haia³⁸, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção, de 1993, foi invocada nesses casos, determinando que o estágio de convivência deve perdurar no mínimo 30 dias, e ainda, referido prazo deve ser cumprido em território nacional.

Deste modo, existe a possibilidade da adoção internacional, no entanto, a prioridade na adoção é para os candidatos habilitados residentes no país, tendo a frente destes, a chamada família extensa. Entende-se que para o melhor benefício do menor, devem-se manter os laços de afetividade com sua família natural sempre que isso for possível.

Destaque-se, que a Lei 12.010/09 veio para dar mais agilidade ao processo de adoção. Dentre as medidas que a referida lei trouxe, ressalta-se a exigência de que as instituições que abrigam os menores enviem relatórios semestrais a propósito das condições de adoção e do retorno do jovem ao lar de origem; e, ainda, traz a expressa limitação de permanência no abrigo por tempo máximo de 2 anos, tendo, portanto, caráter excepcional e temporário.

Contudo, na prática, a Lei de adoção no Brasil lamentavelmente trouxe mais burocracia e emperramento ao direito de adotar. Diferentemente do desejado, o que se identifica nas Instituições é uma grande quantidade de crianças passando anos à espera de uma nova família.

Além disso, a Nova Lei de Adoção deixou de admitir expressamente a adoção por famílias homoafetivas. No sistema jurídico brasileiro, a preocupação fundamental no caso de um pedido de adoção por homossexuais é o atendimento ao melhor interesse da criança. No confronto de interesses deveria ter maior peso a possibilidade de inserção da criança e do adolescente em lares substitutivos. O mais importante de todos os requisitos é que a criança conviva com uma família independente da orientação sexual dos adotantes, pois é através do afeto, do cuidado e do amor dos pais, é que a criança terá acesso às oportunidades de integral formação e educação.

³⁸ A Convenção de Haia vige em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto 3.087/99.

2.4 ECA versus a realidade das crianças e adolescentes em condição de vulnerabilidade

O instituto da adoção visa à inclusão do menor no seio de uma nova família, tendo a finalidade de proporcionar o seu desenvolvimento e completar todas as necessidades de caráter afetivo, psíquico, físico e econômico. A nova Lei de Adoção, 12.010/2009 em consonância com os princípios constitucionais e o princípio do melhor interesse, surge com a finalidade de desburocratizar o processo de adoção, bem como evitar o prolongamento da permanência do menor em abrigos.³⁹ Entretanto, o acolhimento, definido pelo ECA como medida protetiva provisória, acaba se tornando algo permanente.

Segundo relatório do Cadastro Nacional da Adoção⁴⁰, no Brasil, há 6.116 crianças e adolescentes cadastrados e aproximadamente 34.099 pretendentes habilitados a adotar. Mais especificamente no Paraná, o número de pretendentes habilitados chega a 3860, enquanto o número de jovens aptos a ir para uma nova família chega a 723. Logo, percebe-se que essa conta poderia ser resolvida sem qualquer dificuldade, no entanto, a conta nunca se fecha. Dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA)⁴¹ ajudam a entender por que ainda existem abrigos para Infância e Adolescência. Entre as respostas para essa problemática, estão o perfil buscado pelas famílias e a morosidade no processo de habilitação das crianças à adoção.

De acordo com os dados do CNA, as famílias têm preferência por crianças brancas, do sexo feminino, com idade inferior a 2 anos, que não tenham irmãos, e ainda, que não tenham qualquer tipo de doença congênita ou hereditária. Verifica-se que a maioria dos menores que estão sob custódia do Estado e na fila de adoção é formada por meninos, com idades maiores de 2 anos, negros e pardos. Dos pretendentes a adoção no Cadastro Nacional, apenas 21% aceitam adotar irmãos e apenas 308 aceitam adotar crianças com 10 anos de idade.

Em nível nacional, menos de 1% das famílias habilitadas têm interesse em ficar com uma criança que tenha mais de 8 anos, sendo este um dos motivos da

³⁹ FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. Adoção: comentários à nova lei da adoção, Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. 1. ed. São Paulo: Leme, 2009. p. 9.

⁴⁰ Relatórios estatísticos –CNA- Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 06 de agosto de 2015

⁴¹ Idem.

lotação de adolescentes nos abrigos. Na prática, a chance de um adolescente ser adotado no Brasil é quase zero.

Diferentemente do modelo idealizado pelos pais pretendentes, o que se identifica nos abrigos, é que a maioria absoluta dos acolhidos já não são mais crianças. Em Curitiba, por exemplo, 84% dos aptos à adoção têm mais de 11 anos. Os que têm entre 11 e 15 anos correspondem a 66% do total, e 18% têm mais de 15 anos.⁴²

No que se refere à morosidade do poder judiciário, a pesquisa revelou que há demora em analisar os processos, e a destituição do poder familiar é feita quando as crianças recebidas nos abrigos já se tornaram adolescentes. O que contraria o que foi estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina que o processo de destituição do poder familiar deve ocorrer em até 120 dias.

Sobre esse assunto, Sérgio Kreuz, juiz da Vara de Infância e Juventude de Cascavel, em entrevista concedida à Gazeta do Povo, explica que o processo é demorado devido aos seus trâmites, para garantir a ampla defesa aos pais. Segundo ele:

A lei exige que sejam esgotadas todas as possibilidades de reintegração familiar. Muitas vezes os municípios e o próprio Judiciário não têm equipes técnicas suficientes e preparadas para promover a reintegração rápida e, quando esta se mostra inviável, de promover a avaliação e sugerir a destituição.⁴³

A burocracia nos processos de adoção, principalmente no que se refere à demora na destituição do poder familiar, continua sendo um empecilho ao exercício do direito das crianças serem adotadas antes de atingirem a maioridade civil.

O que se evidencia nas Instituições é um número elevado de crianças e adolescentes vivendo em um mesmo espaço, não se sabendo ao certo se cada criança que ali mora tem seu próprio “cantinho” para guardar suas “lembranças”, como fotos, roupas, entre outros objetos.

Com a intenção de ao menos diminuir a sensação de frustrações, advindas da convivência em instituições, o Programa de Apadrinhamento Afetivo (PAA) visa

⁴² ANIBAL, Felipe. **Por que a “conta” da adoção não fecha?**. Gazeta do Povo, Curitiba, 14, abril, 2014. Vida e Cidadania. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/especial-infancia-esquecida/conteudo.phtml?id=1461776> Acesso em 06 de agosto de 2015.

⁴³ Idem.

garantir que crianças e adolescentes acolhidos em abrigos, tenham o direito à convivência familiar e comunitária pela convivência com padrinho ou madrinha, tornando-se uma referência afetiva para o seu desenvolvimento. Segundo Sérgio Kreuz⁴⁴, “é comum crianças e adolescentes acolhidos não terem mais qualquer referência familiar fora das unidades de acolhimento”, principalmente nos casos em que os pais abandonam seus filhos.

O PAA seleciona padrinhos e madrinhas afetivos e, para participar do Programa, os candidatos devem seguir alguns requisitos, como por exemplo: os candidatos devem ter idade mínima de 21 anos, respeitando a diferença de 16 anos entre o candidato e o apadrinhado. Além disso, padrinhos/madrinhas devem ter disponibilidade afetiva e apresentar ambiente familiar adequado e receptivo ao apadrinhamento, bem como participar das oficinas de sensibilização. Outro requisito importante é que os padrinhos e madrinhas não possam fazer parte do cadastro nacional de adoção.

Sobre esse último requisito, Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), questiona a validade de tal medida, argumentando que o apadrinhamento pode ser visto como uma ponte para a adoção, uma vez que os “dindos tornam-se referências de afeto para o apadrinhado”.⁴⁵

Os programas de apadrinhamento afetivo não têm uma legislação própria que discipline seu regulamento. Desta forma, na maioria das vezes cabe ao julgador no caso concreto decidir o que é melhor para a criança. Ocorre que essa análise subjetiva é feita por quem não tem qualquer conhecimento do que seja um abrigo.

Diante das considerações acima, ainda não se tem um entendimento pacífico acerca da possibilidade dos “dindos” se habilitarem no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). O que não se pode negar é que o abrigo não é o melhor lugar para uma criança crescer, tendo em vista os danos psicológicos que ela possa apresentar durante sua fase de desenvolvimento. Como visto anteriormente, muitas crianças por não se encaixarem no perfil desejado pelos pais habilitados à adoção, ou pelas

⁴⁴ KREUZ, Sergio Luiz. Da Convivência Familiar da Criança e do Adolescente na perspectiva do acolhimento institucional: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas, Paraná: UFPR, p.123.

⁴⁵ MARTINS, Luísa. **“Falta de lei específica causa divergências em programa de apadrinhamento afetivo”**. ZH Notícias. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/04/falta-de-lei-especifica-causa-divergencias-em-programa-de-apadrinhamento-afetivo-4731140.html>. Acesso em 19 de setembro de 2015.

dificuldades no processo de adoção, acabam crescendo nos abrigos. Elas são consideradas inadotáveis -- também denominadas de “filhos do abrigo” pelo Cadastro Nacional da Adoção. No Brasil, estima-se que cerca de 32 mil crianças são consideradas inadotáveis.

Ademais, centenas de crianças crescem fora da fila de adoção, tendo algumas sequer entrado no Cadastro de Adoção. Infelizmente esse é o caso de crianças portadoras de deficiência física ou portadoras do vírus HIV, que não são cadastradas para a Adoção mesmo quando se apresentam pretendentes interessados em adotar. Segundo pesquisa realizada pela Data folha, juízes e especialistas indicam iniciativas judiciais com o intuito de garantir a indenização reparatória a essas crianças que cresceram a margem do Cadastro de Adoção Nacional.

Ainda há que se considerar sobre o abandono afetivo⁴⁶ e sua possível reparação civil, tema que se tornou um dos assuntos mais discutidos no meio doutrinário e jurisprudencial atualmente.⁴⁷

Para aqueles favoráveis à reparação a uma situação de abandono afetivo, a falta de convívio com os pais gera sequelas psicológicas, comprometendo o desenvolvimento saudável de pessoas em formação. Portanto, a denominada “paternidade responsável” não pode ser ignorada, reconhecendo-se que “a convivência com os pais não é direito, é dever”⁴⁸.

Importante destacar também sobre o abandono decorrente da devolução do adotando pelos adotantes, o qual pode se configurar durante o trâmite do processo de adoção. Ressalta-se que não há um direito potestativo dos adotantes em desistir da adoção, mesmo quando ainda não houver sentença, basta que já tenha se iniciado o estágio de convivência e que já se tenha estabelecido a guarda. Deste modo, comprovada a sequela psicológica decorrente da omissão dos responsáveis

⁴⁶ Cumpre destacar que não existe um entendimento pacificado sobre o tema, haja vista os posicionamentos divergentes. Quanto ao tema, Flávio Tartuce⁴⁶ divide a doutrina em dois grandes grupos: a primeira é contrária à reparação (Regina Beatriz Tavares da Silva, Judith Martins-Costa, Murilo Sechiero Costa Neves); e a segunda é favorável à reparação ao abandono afetivo (Paulo Lôbo, Giselda M.F. N. Hironaka, Rolf Madaleno). TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, 0. 5-34. Out./Nov, p.11).

⁴⁷ A repercussão acerca da temática tornou-se tão grande que há um Projeto de Lei do Senado nº 700/07, tipificando como crime o abandono afetivo e estabelecendo sanções na área cível. Referido projeto foi aprovado em 09/09/2015 e será enviado agora para a Câmara dos Deputados. Além disso, o projeto modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. RT, 2013, 9ª ed. p. 469.

no cumprimento do exercício familiar, haverá a possibilidade de uma responsabilidade civil dos adotantes nos casos em que houver a desistência da adoção.

A devolução nos casos em que já se tenha iniciado o estágio de convivência já foi configurada como ato ilícito pela Jurisprudência⁴⁹, pois a criança não pode de maneira alguma ser tratada como objeto. Além disso, a conduta do abandono está em dissonância com todo o sistema constitucional de proteção e ao melhor interesse do adotado.

Importante reconhecer que é possível que o adotado retorne ao abrigo quando constatado que não se adaptou com os membros da família.⁵⁰ Nesses casos, necessária uma avaliação de uma equipe multiprofissional e, caso se verifique que não houve a adaptação no ambiente familiar, ocorrerá o retorno à Casa de acolhimento, o que poderá nascer o sentimento de frustração entre as partes envolvidas, e, portanto, tanto adotante quanto o adotado necessitam de acompanhamentos psicossociais⁵¹.

Além da dissonância entre o texto do ECA e da realidade concreta, também os fatos sociais relacionados à família em si apresentam rupturas com o direito

⁴⁹ A Jurisprudência já se posicionou acerca do tema: (...) “A devolução do adotando no curso do estágio de convivência, por si só, já uma violência para com este. Ficando demonstrado que os adotantes agiram com abuso de direito, está caracterizada a prática de **ato ilícito, podendo e devendo haver a responsabilização civil destes. Contra eles deverá ser proposta ação de indenização pela prática de dano moral (...)**” (TJMG – ACÍVEL nº 10481120002896002, Relatora Hilda Teixeira da Costa, 2ª Câmara Cível, J. 12/08/2014). (Grifou-se).

⁵⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. em 24.04.2012, DJe 10.05.2012) (Grifou-se).

⁵¹ COUTO, Cleber. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4416, 4 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41210>>. Acesso em: 2 out. 2015.

positivo, sendo por este motivo relevante apreciarmos esse estudo no próximo capítulo.

3 HOMOPARENTALIDADE E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Como exposto no capítulo anterior, com a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, houve maior preocupação com os atendimentos dos direitos fundamentais, tais como o direito à inserção da criança e do adolescente em uma família, independente da orientação sexual dos adotantes, desta forma alcançando o verdadeiro atendimento do princípio do melhor interesse, objeto deste estudo.

Ainda, com a Constituição de 1988, vários princípios implícitos e explícitos incidiram nas decisões judiciais, de forma a atender a dignidade da pessoa humana como postulado central. Além disso, reformou-se o conceito da família unitária, transpessoal e patriarcal, passando-se a valorizar a família funcional, ou seja, deu-se maior valor à afetividade e a busca da felicidade entre os membros.

E é nessa perspectiva, que deve ser atendido o melhor interesse da criança e do adolescente, reinserindo-os em um ambiente familiar, em que se proporcione o desenvolvimento sadio e completo dos adotados.

A família contemporânea tem por referência o princípio da afetividade como elemento constituinte entre os seus integrantes, deste modo vislumbrando a concepção eudemonista e a funcionalização da família. Rodrigo da Cunha⁵² afirma que o primeiro a utilizar a afetividade como princípio foi Paulo Luiz Netto Lôbo, o qual elencou três requisitos essenciais para definir o que seria família:

a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.⁵³

Segundo o autor, esses requisitos diferenciariam a família de outros relacionamentos afetivos, como a amizade, a camaradagem entre colegas de

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.3.

⁵³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.80

trabalho, as relações religiosas. Deste modo, a constituição de família é aferida objetivamente e não a partir da intenção das pessoas que as integram.

Embora parte da doutrina tenha seguido esses requisitos como essenciais para definir o conceito de família, o legislador contemporâneo optou por restringir o conceito ao elaborar o Projeto de Lei de Família (Projeto 6583/13), o qual positivou um único modelo de família, qual seja, aquele formado por um homem e uma mulher.

Essa postura do Poder Legislativo desconsidera a pluralidade das conformações familiares, incidindo ao não reconhecimento das relações afetivas diversas do modelo previsto no Projeto. Além disso, tal posicionamento repercute na redução da possibilidade de crianças e adolescentes serem inseridos em um ambiente familiar, tendo em vista que as relações homoafetivas, por exemplo, não serão consideradas como instituição de família.

Por fim, referido Projeto torna-se um empecilho a concretização de projetos parentais por relações homoafetivas. A limitação do conceito de família acarreta ao não atendimento do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que o infante não será inserido em um lar familiar, devido a preconceitos e convicções religiosas da banca fundamentalista. Deste modo, parece que há uma grande recusa ao reconhecimento da família homoparental, tema que será melhor abordado no subitem 3.4.

3.1 Novos contornos acerca do Direito de Família.

Partindo da noção de que o afeto ganhou relevância nas relações interpessoais, começou-se a fortalecer o reconhecimento das uniões homoafetivas, bem como sobre a possibilidade da adoção por casais do mesmo sexo. Com a mudança paradigmática do conceito de família, as características da família matrimonial convencional foram desfeitas ao longo do século⁵⁴.

O conceito de família é definido de acordo com as constantes transformações que ocorrem na sociedade, sendo necessário que o Direito

⁵⁴ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.427.

acompanhe essas modificações, pois somente dessa forma poderá dar suporte aos novos modelos de família.

Foi a partir da Constituição de 1988, que se instaurou a igualdade entre homem e mulher, como também, o conceito de família foi ampliado, protegendo agora todos os seus integrantes. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, na família constitucionalizada, “o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988”.⁵⁵

Além disso, a partir da Carta Magna de 1988, reconheceu-se a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, que de acordo com o citado autor:

A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento.⁵⁶

Quanto ao Código Civil de 2002⁵⁷, como seu projeto não estava de acordo com a Constituição de 1988, que privilegia a dignidade da pessoa humana, foi submetido a inúmeras mudanças para harmonizar com os dispositivos constitucionais.

Embora tenham ocorrido inúmeras modificações ao referido projeto, ainda assim, faltou a clareza necessária para reger a atual sociedade, tendo em vista que a realidade brasileira (a exemplo das famílias anaparentais, reconstituídas, simultâneas, as procriações assistidas, as uniões homoafetivas, entre outras) não comporta uma única definição de família. Ainda, no entendimento de Maria Berenice Dias, “talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade”.⁵⁸

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil : Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33

⁵⁶ *Ibidem*, p. 168-169.

⁵⁷ O Código Civil de 2002, que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, teve seu projeto original traçado de 1969-1975 (antes da lei do divórcio de 1977).

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT, 2013, 9ª ed., p. 31.

A Constituição de 1988 não elencou um rol taxativo que abarcasse todas as entidades de família existentes, e tampouco poderia, já que a vida social vem antes da Lei Jurídica. Como bem destaca Pianovski:

Trata-se de reconhecimento de que a família é realidade social e histórica que precede o direito positivo, e que, nada obstante isso, demanda sua apreensão. Esta não se confunde com a constituição de modelos fechados que engessem a realidade, mas, sim, na possibilidade de inserção no sistema jurídico de racionalidades a ele alheias como a priori, mas que se mostrem aptas a gerar efeitos no âmbito do direito.⁵⁹

O civilista Paulo Lôbo, sabiamente, baseando-se nos princípios constitucionais, conclui que “a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação”.⁶⁰ Nesse sentido, abre-se espaço para uma perspectiva redimensionada, em que se exploram as relações entre linguagem e direito, sobre as quais o intérprete deve se debruçar na busca de respostas que melhor solucionem os casos concretos.

Com base nesse raciocínio deve-se ter cautela quando da interpretação dada ao caso concreto, pois com uma interpretação restrita dos dispositivos normativos poderia se chegar equivocadamente a conclusão de que as pluralidades dos modelos de família se restringem ao que está disposto pelo artigo 226 da Constituição, de modo que uma interpretação limitada poderia trazer empecilhos na proteção dessas relações.

Restou então para que a doutrina e jurisprudência indicassem o caminho para acabar com a deficiência legislativa. Foi necessário que se buscasse um novo conceito que abrangesse todas as novas formas de convívio que as pessoas encontraram para alcançar a almejada felicidade.

Desta forma, distanciou-se do modelo tradicional de casamento, do exercício da sexualidade para procriação e deu-se lugar ao vínculo afetivo, que se encontra presente em todas as formas de convívio. A partir desse novo contexto, o vínculo afetivo tornou-se elemento estruturante da família, merecendo tutela jurídica.

Evidentemente que o fenômeno da Constitucionalização influenciou para a aproximação do Direito ao caso concreto, de modo que se reconheceu a afetividade como elo estruturante para a formação da família. A partir de seu reconhecimento, a

⁵⁹ PIANOVSKI RUZY, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28.

⁶⁰ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.82.

afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares, pois desempenhou papel fundamental na formação da personalidade e no desenvolvimento do indivíduo. É através da instituição familiar, que o sujeito obtém os ensinamentos de cunho ético e moral, razão pela qual, a doutrina defende sua relevância sociojurídica. Como bem destaca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O afeto, reafirme-se está na base da constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Por que o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro do afeto.⁶¹

Ademais, observaram-se os seus reflexos nos diversos modelos de família até então silenciados pela falta de proteção jurídica. Desde a Constituição de 1988, aboliu-se ao sistema conservador do modelo de família, dando espaço para o reconhecimento de uma pluralidade de formações familiares.

Como se apontou anteriormente, a definição de família deve ser observada sob o contexto social em que se vive, sendo por este motivo, difícil delimitar seu conceito. É necessário, portanto, ter uma visão pluralista de família que comporte todas as modalidades familiares que apresentem o elemento da afetividade, independentemente de sua conformação.

Esse novo olhar sobre o direito de família trouxe a concepção eudemonista, afastando o modelo matrimonializado de família como única forma de constituição da entidade familiar. Verificou-se que a partir do momento em que houve a constitucionalização do Código Civil, o direito de família moderno recebeu a incidência de vários princípios⁶² a começar pelo princípio da dignidade da pessoa

⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio acerca da Ética no Direito. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 436.

⁶² Dentre os princípios que regem o direito de família, segundo Maria Berenice Dias, pode-se citar o pluralismo das entidades familiares; o princípio da igualdade e o respeito à diferença; o princípio da solidariedade; o princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens, idosos; princípio da proteção de retrocesso social; e princípio da afetividade. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT, 2013, 9ª ed. p. 64-74).

humana, consagrado como fundamento do Estado Democrático de Direito. Em última análise, a dignidade da pessoa humana significa igual dignidade para todas as entidades familiares.⁶³

Nesse contexto, a homoafetividade é incluída nos moldes do Direito de família. Entretanto, adverte Roger Raupp Rios que em decorrência dos moldes limitadores, corre-se o risco da implementação da conjugação de duas ideologias: a familista e assimilacionista. De acordo com o autor, o assimilacionismo, quando se refere à diversidade sexual:

se manifesta pela legitimação da homossexualidade mediante a reprodução, afora o requisito da oposição de sexos, de modelos heteronormativos. A homossexualidade é aceita sob a condição de que não coloque em risco os padrões heterossexuais hegemônicos, anulando qualquer pretensão de crítica e originalidade, transformação ou subversão do heterossexismo. Aos arranjos heteronormativos são associados atributos positivos, cuja reprodução é esperada por parte de homossexuais e requisito para sua aceitação.⁶⁴

Já o familismo é entendido como tendência a adaptação dos padrões da família tradicional aos pares homossexuais a partir do critério do afeto. Segundo Raupp Rios, a assimilação da homossexualidade com os padrões heterossexuais hegemônicos (os quais se pretendia enfrentar) acabam por produzir um novo rol de exclusões. Para o autor, faz-se necessário uma análise sobre as transformações dos modelos familiares, com o objetivo de se evitar a exclusão das minorias.

3.2 A Família Eudemonista.

Com o reconhecimento dos novos modelos familiares, advindos da Constituição de 1988, o conceito de entidade familiar tem seu fundamento a partir dos pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, embutindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família.⁶⁵

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT, 2013, 9ª ed. p. 66.

⁶⁴ RIOS, Roger Raupp. Encruzilhadas da democracia: “o corpo e a alma da magistratura brasileira” e a “Jurisprudência da homossexualidade”. Revista USP São Paulo, n. 101, p. 83-98, março/abril/maio 2014. Disponível em www.revistas.usp.br/revusp/article/download/87816/90738. Data de acesso: 04 de dezembro de 2015.

⁶⁵ Albuquerque, Família Santos, Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 162.

Essa percepção de identificar a família a partir do envolvimento afetivo deu origem ao conceito de família eudemonista⁶⁶, que se traduz na busca da felicidade individual.

Nas palavras de Simon Blackburn:

Ética baseada na noção aristotélica de “eudaimonia” ou felicidade humana... Embora próxima da “ética da virtude”, essa abordagem distingue-se daquele quando é eliminada a identificação grega entre a ação virtuosa e a felicidade. O eudemonismo pode também variar conforme as noções do que é, de fato, a felicidade. Assim, os cirenaicos acentuam o prazer sensual; os estóicos salientam o desapego em relação a bens mundanos, como a riqueza e a amizade. Tomás de Aquino dá mais atenção à felicidade como contemplação eterna de Deus e assim por diante.⁶⁷

Trata-se da busca da realização plena de seus membros, constituindo-se pela comunhão de afeto recíproco, consideração e o respeito mútuo entre seus membros, independente do vínculo biológico ou jurídico. Nas palavras de Pianovski:

Nesse sentido, a tutela jurídica da busca da felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual. Por evidente, não se trata o eudemonismo constitucional de busca hedonista pelo prazer individual, que transforma ‘o outro’ em instrumento da satisfação do ‘eu’. (...). O dever-ser da família constitucionalizada impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus componentes.⁶⁸

De acordo com o conceito de família eudemonista, uma tia e uma sobrinha podem configurar uma entidade familiar, desde que presentes os laços de afeto, amor e respeito recíproco.

Portanto, o modelo eudemonista permite que a formação da entidade familiar seja composta de acordo com os laços de afeto entre as pessoas, pouco importando quais são as pessoas que compõem o núcleo familiar. Em outras palavras, não existe uma estrutura predeterminada, pois não importa o número, bastando que se presencie a afetividade nas relações.

⁶⁶ A expressão eudemonista advém da palavra “eudaimonia” de origem grega, a qual significa felicidade.

⁶⁷ BLACKBURN, Símon. Dicionário Oxford de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 132, apud. SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. **Famílias plurais ou espécies de famílias**. 29 abr. 2009. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,familias-plurais-ou-especies-de-familias,25712.html#_ftn24. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

⁶⁸ PIANOVSKI RUZY, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28.

A proteção da família eudemonista foi trazida pela Constituição Federal de 1988 através do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento basilar da instituição familiar.

A Jurisprudência já tratou sobre o tema, conforme demonstrado no Acórdão abaixo:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR. Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a **família eudemonista**, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do aspecto afetivo da paternidade, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético (...).⁶⁹ (Grifou-se).

A nosso ver, não há razões para a exclusão da família homoafetiva, tendo em vista que o laço sanguíneo deixou de ser o principal elemento que define um núcleo familiar.

3.3 O Reconhecimento da família homoafetiva

Das decisões que trouxe à tona o reconhecimento da família homoafetiva, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011⁷⁰. A partir de dforam reconhecidos aos pares homossexuais os direitos e deveres da união estável heterossexual⁷¹, como também foi pacificado o entendimento da possibilidade da adoção por casais do mesmo sexo.

⁶⁹ APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005246897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 12/03/2003

⁷⁰ Com unanimidade dos votos, o reconhecimento das uniões homoafetivas foi concedido em 5 de maio de 2011, presidida pelo Ministro e Relator Ayres Brito. O julgamento do STF foi feito com base em duas ações: Uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132).

⁷¹ A Constituição prevê a conversão da união estável em casamento em seu Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

Como bem destaca Maria Berenice Dias⁷²: a união homoafetiva pode configurar-se como união estável, desde que preencha os requisitos para tal, haja vista que em nada se diferencia da união heterossexual. A autora ainda completa que:

nem a ausência de leis nem o conservadorismo do judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento geral.⁷³

Para melhor compreensão se faz necessária um breve recorte histórico acerca do reconhecimento da família homoafetiva, apontando as decisões mais relevantes, que impulsionaram para que o reconhecimento fosse obtido em 2011.

Insta ressaltar que a Jurisprudência inicialmente reconheceu alguns efeitos a partir da noção de sociedade de fato, a mesma que era adotada aos casais heterossexuais. Não demorou muito e logo também começou a ser aplicada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que “comprovada a existência de sociedade de fato, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio comum adquirido pelo esforço comum”.

Constata-se que a primeira decisão a conceder efeitos a união entre duas pessoas do mesmo sexo foi proferida em 1998. O Superior Tribunal de Justiça aplicou a Súmula 380 do STF em referida decisão, adotando o entendimento de que o caso em tela se enquadrava nas chamadas relações de concubinato. Embora na época tenha representado um marco na evolução do direito homoafetivo, pois se admitiu o direito do parceiro homossexual receber metade do patrimônio adquirido na constância da união, não se reconheceu nada além de uma mera sociedade de fato.

Ementa: SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. **O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO**

§ 3º Para efeito de 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”.

72 DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 176.

⁷³ Idem.

PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DOC. CIVIL. AÇÃO POSSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.

A autora Marta Cauduro Oppermann⁷⁴ ressalta que ainda há resistência por parte de vários magistrados, que qualificam as uniões estáveis como sociedade de fato, empregando de maneira errada a noção de que se trata de direito das obrigações, e, portanto, a competência seria das Varas Cíveis. Ela ainda completa que:

“Este entendimento se baseia na preconceituosa concepção de que duas pessoas do mesmo sexo jamais terão uma relação de afeto apta a configurar uma entidade familiar. Para estes juízes, havendo identidade de gênero entre os conviventes, é irrelevante a prova da convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família”.⁷⁵

Uma consequência desse entendimento é de que, no momento da separação do casal homoafetivo, por serem considerados sócios terão que provar da colaboração econômica, e, aquele que se dedica exclusivamente ao lar ou à prole ficará sem nada.

3.3.1 Adoção por casais do mesmo sexo.

No que tange a adoção, a Jurisprudência pacificou o entendimento sobre a possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo, entendimento este, que foi fruto de conquistas anteriores.

Uma das primeiras decisões que impulsionaram ao reconhecimento da adoção por homossexuais ocorreu em 1999, quando o Tribunal do Rio Grande do Sul deferiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as

⁷⁴ OPPERMANN, Marta Cauduro, Competência das Varas de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 290.

⁷⁵ Idem.

uniões homoafetivas⁷⁶, tratando-as, dessa forma, como entidades familiares, o que provocou o envio de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família.

Em 2001, também no Tribunal do Rio Grande do Sul, a união homoafetiva ganhou status de entidade familiar, tendo sido deferido, em sede recursal, o direito à herança ao parceiro.⁷⁷

Outra decisão importante ocorreu em 2006, quando o referido Tribunal por decisão unânime, reconheceu o direito à adoção dos filhos anteriormente adotados pela parceira homossexual, ressaltando que as companheiras haviam planejado adotar em conjunto.⁷⁸

Por fim, destaque-se, a decisão histórica e inédita, tendo a ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, reconhecido o direito de um casal homossexual de adotar uma criança. Foi a primeira vez que o STF se posicionou favorável à adoção feita por pares do mesmo sexo.

O acórdão, referente à decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu o direito de adoção a pares do mesmo sexo foi publicado em 19 de março de 2015. O processo de adoção se deu em 2005, e, em primeira instância, foi concedido o direito de adotar uma criança do sexo oposto e com idade superior a 12 anos. Referida decisão foi embargada pelo Ministério Público, chegando então, ao Supremo Tribunal de Justiça, onde o processo ficou parado por cinco anos.

Em seu voto, a Ministra Nancy argumentou que a Constituição Federal não faz nenhuma diferenciação entre as famílias constituídas no matrimônio e as relações fora do modelo convencional, dentre elas a homoafetiva, como era o caso. Ela ressaltou também que não há distinção entre pessoas, devido sua escolha de orientação sexual.

Além disso, defendeu que o orfanato não é o melhor lugar para crianças e adolescentes, muito menos na rua, onde estes estão mais dispostos à prostituição infantil e drogas. Mas o lugar delas é inseridas em um ambiente familiar, conforme os expressos dizeres do artigo 227 da Constituição.

⁷⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 599075496, 8ª CC, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/06/1999.

⁷⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70001388982, 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Julgamento em 14/03/2001.

⁷⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70013801592, 7ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento em 05/04/2006.

Tal decisão é tão relevante para este estudo, que merece destaque a transcrição de parte do voto da Ministra Nancy, que segue:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.⁷⁹

A recente decisão foi uma conquista para os militantes LGBT, tendo em vista que a adoção por homossexuais está ameaçada pelo Estatuto da Família (Projeto 6583/13). O referido Projeto impede que casais homossexuais adotem crianças, o que é um direito reconhecido pelo Judiciário, mas infelizmente, ainda não está previsto em lei.

3.4 A família homoparental

A família homoparental se refere à situação na qual ao menos um indivíduo homossexual assume a responsabilidade de cuidar e educar uma criança. A expressão “homoparentalidade” tem origem francesa e foi criada no ano de 1997 pela APGL- Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas.⁸⁰

⁷⁹ APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 849.079 (723). Data de julgamento: 03 de março de 2015.

⁸⁰ UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p.9

No direito brasileiro, a homoparentalidade tem amparo nos princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III, CF), da igualdade (arts. 3º e 5º, CF), inclusive da não discriminação, fundada na orientação sexual⁸¹ (art. 5º, CF), e do pluralismo familiar (art. 226, CF).

A homoparentalidade pode ser resultado de família recomposta com filhos advindos de relacionamento heterossexual anterior, adoção, ou procriação assistida.

No que se refere à adoção, a legislação atual é omissa quanto à possibilidade de casais homossexuais adotarem crianças ou adolescentes. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não faça referência quanto ao tema, em seu art. 42, caput, há a previsão de que pessoas maiores de 18 anos, independentemente do seu estado civil possam adotar. Sendo assim, abre-se a possibilidade de que um homossexual solteiro adote uma criança ou adolescente, desde que comprove possuir todos os demais requisitos previstos no ECA, bem como demonstre os benefícios que o adotando teria caso fosse deferida a adoção.

No entanto, adverte Maria Berenice Dias, que o dispositivo é aplicado de maneira distorcida, pois em muitos casos, temendo que a inscrição conjunta nos Cadastros seja indeferida, os adotantes homossexuais se arriscam ao fazerem sua inscrição de forma individual. Ocorre que, o adotado estará convivendo com o par homossexual, e desta forma, não se está diante de uma família homoparental, mas sim uma família homoafetiva. A autora ainda alerta para uma possível separação futura do par homoafetivo, tendo que se considerar que não há ainda norma que regularize acerca da guarda compartilhada nesses casos, tão somente, qualquer norma que trate sobre direitos sucessórios, no caso de falecimento do parceiro homoafetivo.

Interessante frisar que a partir da convivência cria-se um vínculo de afinidade e afetividade, pois tanto o pai quanto seu companheiro exercem de forma conjunta a função parental. Isso porque ambos participam da criação dos adotados, bem como, de seu desenvolvimento e educação, assumindo até mesmo o dever de

⁸¹ Vale dizer que, o princípio da igualdade ordena tratamento igual entre homossexuais e heterossexuais, em razão da igualdade material aplicada, ou seja, só deve ser dispensando quando houverem fundamentos racionais que justifiquem o tratamento desigual. Desta forma, preconceitos, intolerância, desrespeito não devem ser admitidos, como também não podem sobrepor ao princípio da igualdade.

sustento. Deste modo, estão presentes todos os requisitos para o reconhecimento de um vínculo de filiação socioafetiva.⁸²

Na doutrina também se encontram posicionamentos contrários à adoção por casais homossexuais, a exemplo, o autor Eduardo de Oliveira Leite, que inclusive em um texto publicado pela Gazeta do Povo, argumentou que “autorizar a adoção de crianças por casais homossexuais é um contrasenso que não resiste às mais elementares noções de legalidade e contraria todos os princípios da mais fundamental psicologia”.⁸³ Segundo o autor, estudos já demonstraram que a criança deve ser criada por pais heterossexuais para seu efetivo desenvolvimento psíquico-mental. Na mesma linha, segue o autor Wilson Liberati, defendendo que “não é possível nos dias atuais, aceitar como família dois homossexuais”.⁸⁴ A autora Maria Ceina Bodin de Moraes entende que se estará atendendo o melhor interesse da criança, quando esta for inserida em um ambiente familiar semelhante àquela que lhe deu origem.⁸⁵

Embora alguns psicanalistas⁸⁶ apresentem ressalvas quanto à falta da imagem de mãe e pai real na homoparentalidade⁸⁷, outros apontam para a desvinculação do sexo biológico dos pais à formação psíquico-sexual da criança, destacando que nas famílias homoparentais é possível observar posições materna e paterna. Essa análise parte da premissa de que essas funções (materna/paterna), não têm uma determinação biológica, mas subjetiva, proporcionando uma boa convivência independentemente da orientação sexual dos pais.

Ademais, válido nos reportarmos aos ensinamentos de Freud, que tratou a homossexualidade como uma posição libidinal⁸⁸, a qual ocorre da mesma forma na

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT, 2013, 9ª ed. p. 383.

⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Uma família formada por pai, mãe e filho**. Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/uma-familia-formada-por-pai-mae-e-filho-etzzrhwfe6nreaosfwq43qij2>. Acesso em 20 de novembro de 2015

⁸⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti apud GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 144.

⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de, apud PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais**: Fronteiras da Família na pós-modernidade, p. 153.

⁸⁶ PERELSON, Simone. **A parentalidade homossexual: Uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual**. Revista Estudos Feministas, 2005, 14(3), 709-730.

⁸⁷ A principal crítica daqueles que são contrários à homoparentalidade é a de que “sem uma diferenciação dos pais, os filhos crescem sem referências, ou com referências distorcidas, o que acarretaria em uma disfunção de natureza sexual”. PASSOS, Maria Consuelo. **Funções materna e paterna nas famílias homoparentais**. In: CARNEIRO, Terezinha Feres (coord.) **Família e Casal - Saúde, Trabalho e Modos de vinculação**. 1ª ed, 2007. Casa Psi Livraria, Editora e Gráfica Ltda, p.274.

⁸⁸ Libido foi o nome que Freud deu à pulsão sexual.

heterossexualidade⁸⁹. Ainda, o autor destacou que a bissexualidade não decorre unicamente da sexualidade dos pais, mas também de forças internas de afetos, desejos e fantasmas. Nessa lógica, a função materna poderá ser desempenhada independentemente do sexo biológico de quem cuida⁹⁰, tendo em vista que se trata de uma condição mental não necessariamente ligada ao sexo feminino.

De maneira distinta, a função paterna está relacionada à influência que a mãe traz no relacionamento paterno-filial, enfraquecendo ou fortalecendo a posição paternal. Nesse sentido, quando Freud se refere ao sujeito do sexo masculino, afirma que a homossexualidade é uma manifestação de uma escolha de objeto narcisista e reflexo de uma intensa fixação que o sujeito teve com sua mãe, o que no futuro, será revivido em sua opção sexual amorosa. Como bem destaca Ricardo de Souza Vieira, em sua Dissertação de Mestrado: “o sujeito, agora identificado com sua mãe, buscará no parceiro a imagem refletida de si mesmo, amando-o assim como sua mãe o amou na infância”.⁹¹ Nesse sentido, é preciso ressaltar que as funções materna/paterna têm significado diverso da maternidade/paternidade, razão pela qual, referidas funções se constituam a partir de uma perspectiva simbólica. Ou seja, não há exigência para que na execução dessas funções haja diferenciação sexual de pai e mãe.

A par dos diversos posicionamentos, encontram-se aqueles que defendem que se a criança apenas identifica a postura paterna nos pais homossexuais, ela procurará alguém (um terceiro), normalmente um parente muito próximo, para suprimir a figura omissa, seja ela a figura feminina ou masculina.

Da perspectiva psicanalítica é pacífico o entendimento de que a presença de um “terceiro” para a separação psíquica materno-filial é imprescindível. Porém, ainda não há um consenso sobre famílias com pais do mesmo sexo, sendo certo que o “terceiro” está apenas cumprindo um papel no poder simbólico, e por isso pode ser exercido por um pai gay ou uma mãe lésbica. Caso se admitisse que apenas o homem pudesse exercer a função de paternal, estar-se-ia invertendo o poder simbólico para o poder real, desta forma contribuindo para a manutenção da família patriarcal.

⁸⁹ MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014, p.40.

⁹⁰ VIEIRA, Ricardo de Souza. (2011). **Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos**. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica, Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁹¹ Idem.

Seguindo a lógica que qualquer pessoa, independentemente da orientação sexual poderá exercer a função materna e paterna, pode-se concluir que na adoção por um casal homossexual (constituída por dois homens, por exemplo), a criança enxergará o pai, geralmente por exercer maior autoridade; e o segundo pai ocupará um lugar mais maternal, não porque tenha características femininas, mas porque geralmente é responsável pelos assuntos domésticos, cuidados com a família.

No que se refere à resistência a família homoparental, Parseval afirma que “a teoria e a clínica psicanalítica mostram que, para produzir um ser humano, o encontro de dois sexos, a fusão de dois gametas, o coito de dois genitores, não são suficientes. É, sem dúvida, uma condição necessária; mas ela é nem longe suficiente”.⁹² Para esta autora, o principal ponto a ser considerado, é o bem-estar da criança, e o quanto esta é desejada pela família.

Parseval entende que é preciso superar a ideia de que a homoparentalidade fará com que as crianças tenham dificuldades para distinguir papéis/funções simbólicas no ambiente interno ou externo, ou ainda, é necessário que se abandone a ideia de que a homoparentalidade poderá acarretar danos psicológicos futuros aos filhos.

Como visto anteriormente, a maternidade e a paternidade não estão associadas ao fator biológico de ser/tonar-se mãe ou pai, mas se relaciona com a ocupação desses papéis simbólicos, tendo a criança se reconhecido como filho. Nesse ponto, a adoção sendo conjunta ou não por casais homossexuais é indiscutivelmente possível, não só por atender o princípio maior da dignidade da pessoa humana, mas também por estar em conformidade com o melhor interesse da criança e do adolescente. Não obstante, nada impede que casais de homens ou mulheres exerçam as duas funções, assim como se verifica que não é em todos os casais heterossexuais que se exercem as duas funções.

⁹² PARSEVAL, GD (1998). Prefacie in DUBREUIL apud PASSOS. Maria Cònsuelo. Funções Materna e Paterna nas famílias homoparentais. In CARNEIRO, TEREZINHA Féres (coord). **Família e Casal: Saúde, trabalho e modos de vinculação**. São Paulo: Casa do Psicólogo 2007, p.275.

4. O PROJETO HOMOPARENTAL EM PARALELO COM O ATENDIMENTO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme exposto no capítulo anterior, inúmeras decisões⁹³ trataram sobre a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, o que proporcionou um grande avanço legislativo no que se refere à proteção dos direitos da família homoafetiva. E apesar desta ser devidamente incluída nos novos paradigmas do conceito de família, constata-se que as relações homossexuais ainda sofrem com a deficiência da regulamentação normativa. Ademais, atualmente, os pares homoafetivos são alvos de discriminação e preconceito social, principalmente por se contrapor aos paradigmas convencionais de família.

Sob esse aspecto Maria Berenice Dias afirma que:

O repúdio social a segmentos marginalizados e excluídos acaba intimidando o legislador que tem enorme resistência em chancelar leis que visem a proteger quem a sociedade rejeita. Por puro preconceito, não aprova leis voltadas a minorias alvo da discriminação. Não aprecia sequer projetos que possam desagradar o eleitorado e colocar em risco sua reeleição.⁹⁴

Ainda constata-se que as relações homossexuais são alvos de intensa violência em nossa sociedade. De acordo com os dados⁹⁵ disponibilizados pelo Grupo Gay da Bahia⁹⁶, estima-se que a cada 27 horas uma pessoa é assassinada em decorrência do ódio motivado pela sua orientação sexual.

Sob esse aspecto, segundo Viviane Girardi, a homossexualidade primeiro foi considerada crime (na Idade Moderna), até pouco tempo atrás, como doença⁹⁷, e atualmente é considerada um modo de ser.⁹⁸ De acordo Adriana Nunan há relatos de que no “século XVIII e até meados do século XIX, o termo correto para designar

⁹³ É possível acessar as decisões pelo site www.direitohomoafetivo.com.br

⁹⁴ DIAS, MARIA Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 9ª ed. rev. e atual. e atual.-São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.p.200.

⁹⁵ Os dados estão disponíveis no site <http://www.ggb.org.br>

⁹⁶ O Grupo Gay da Bahia é a mais antiga associação (sociedade civil sem fins lucrativos) de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil. Fundada em 1980.

⁹⁷ Embora alguns autores entendam que a homossexualidade deixou de ser considerada como doença a partir do momento em que foi retirada -pelo Grupo de Psiquiatria- do rol de doenças psicológicas, ainda se veem presentes discursos de patologização na atualidade.

⁹⁸ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. –Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.66.

homossexuais era a palavra invertido, termo que sugeria que todo homossexual era ‘feminino’ e conseqüente portador de alguma inversão sexual”⁹⁹.

No que se refere à adoção por casais homoafetivos, verifica-se que há resistência daqueles que são contrários, os quais se utilizam muitas vezes de discursos de patologização (ainda presentes no século XX)¹⁰⁰ e do fundamentalismo religioso para justificar a impossibilidade da adoção realizada por pares do mesmo sexo. Segundo Clara Moura Masiero, estes talvez sejam os maiores problemas enfrentados pelo movimento LGBT¹⁰¹, tendo em vista suas “implicações tanto no imaginário social, quanto na autoimagem do coletivo, e, ainda, nos desdobramentos legais”.¹⁰²

Nesse sentido, destacam-se algumas declarações públicas de autoridades religiosas: “o homossexualismo é uma tragédia. Gays são gente pela metade, se é que são gente”¹⁰³; “a homossexualidade é uma rebelião consciente contra o que Deus estabeleceu na criação”.¹⁰⁴

No ano de 2014, o assunto foi amplamente debatido nas sabinas da candidatura a presidência, gerando bastante desconforto aos que assistiam os debates.

Um dos candidatos afirmou ser contra a adoção de crianças por casais homossexuais, defendendo que toda a civilização está baseada nas relações heterossexuais, tendo como referência homem e mulher como modelo familiar.

Já outro candidato de forma bastante polêmica opinou sobre o tema utilizando expressões como “dois iguais não fazem filhos” e “aparelho excretor não reproduz”. Ainda, quando indagado sobre “o motivo pelo qual muitos daqueles que defendem a família se recusam a reconhecer o direito de casais de pessoas do

⁹⁹ NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. Ed. Caravansarai, Rio de Janeiro, 2003, p.3.

¹⁰⁰ Nos séculos XVIII e XIX foram desenvolvidos, com base nas mais diversas teorias, tratamentos médicos psiquiátricos violentos para “tratar” o homossexual. Durante décadas, a homossexualidade foi considerada como doença mental, sendo os homossexuais, submetidos aos mais absurdos tratamentos. Foi somente em 1999 que a OMS retirou a homossexualidade da condição de patologia. A hipnose, a castração e terapias reparativas eram os tratamentos adotados para alterar as preferências e desejos dos pacientes foram tentadas. Uma terapia bastante usada era a lobotomia - cirurgia que retirava uma parte do cérebro.

¹⁰¹ Sigla utilizada para designar, o movimento de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transgêneros.

¹⁰² MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014, p.39

¹⁰³ Arcebispo de Florianópolis, Dom Eusébio Oscar Sheid.

¹⁰⁴ Pastor.Silas Malafaia, apud REIS, 2011, p. 172.

mesmo sexo ao casamento civil”, o mesmo candidato afirmou que o mais importante é que a população LGBT seja atendida no plano psicológico e afetivo.

Entre os questionamentos que afloram sobre a não concessão das adoções por pares do mesmo sexo, está a possibilidade de dano potencial futuro ao adotado, principalmente no que se diz respeito a possíveis sequelas psicológicas. Discordando desse posicionamento, Viviane Girardi¹⁰⁵ acredita que se refere muito mais a mitos e preconceitos do que receio de sequelas psicológicas na vida do adotado. Nessa mesma perspectiva, Luiz Carlos Figueiredo ressalta:

Acredita-se que o problema maior para a criança adotada por uma pessoa homossexual, ou na hipótese de um par homossexual, venha a ser, sobretudo, as dificuldades sociais inerentes ao preconceito contra a adoção.¹⁰⁶

Ainda, há que desmistificar os conceitos e “achismos” sociais utilizados para coibir a adoção por homossexual. Entre eles, destaca-se a preocupação dos mais conservadores com a possibilidade de uma criança se tornar homossexual quando criada por um casal homoafetivo. Contra essa tese, basta lembrar que todo homossexual nasceu de um casal hetero, e nem por isso teve influência na sua orientação sexual. No que se refere ao medo das crianças sofrerem abusos sexuais, válido lembrar que cada uma das 5.240 crianças e adolescentes que estão à espera de uma nova família são provenientes de pais heterossexuais, que abandonaram seus filhos ou perderam o pátrio poder em virtude dos mais diversos abusos.

Apesar desses dados de preconceito, em uma análise mais profunda, nota-se a resistência da sociedade em encarar o tema. Apesar da cultura patriarcal, denota-se que as novas gerações apresentam opinião mais tolerante quanto à homoparentalidade. A título de exemplo, citam-se os dados de pesquisa da Datafolha¹⁰⁷ de 2010 em que a maioria dos jovens questionados sobre seu posicionamento sobre o tema, mostraram-se a favor da adoção por casais do mesmo sexo.

¹⁰⁵ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. –Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 66

¹⁰⁶ FIGUEIRÊDO, Luis Carlos de Barros. *Adoção por homossexuais*. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002.p.28

¹⁰⁷ INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Metade dos brasileiros é contra a adoção de crianças por homossexuais**. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2010/06/1223486-metade-dos-brasileiros-e-contra-a-adoacao-de-criancas-por-homossexuais.shtml>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

A sociedade vive em uma constante dinâmica de transições e transformações que caminham gradualmente a um cenário de mais pluralidade respeito e tolerância quanto a diferentes formações familiares. Sabe-se que a intolerância diminui ao longo dos anos, no entanto, a população brasileira ainda é considerada conservadora. Nota-se que para diminuir o preconceito e a intolerância é necessário que se reconheça cada vez mais direitos ao público LGBT, o que não acontece, infelizmente, pela omissão do Poder Legislativo, como será demonstrado a seguir.

4.1 A resistência do Legislativo em aprovar leis que assegurem direitos aos pares homoafetivos.

A maioria dos brasileiros traz algum tipo de preconceito, ainda que de forma velada, contra a população LGBT, sendo este um ponto a ser levado em consideração para a compreensão da omissão do legislador em deixar de aprovar leis que atendam esse grupo social.

Outro fator a ser considerado é a quantidade expressiva das bancadas fundamentalistas de natureza religiosa, de modo que não deixam qualquer projeto de lei passar pelo Congresso Nacional.

Sem dúvida alguma, seria de suma importância, um quadro normativo que reconhecesse os direitos civis da população LGBT (direitos conjugais, sucessórios, previdenciário, parentais, por exemplo). Percebe-se que os argumentos contrários à aprovação desses projetos têm discurso muito discriminatório e moralista ao afirmar que as relações homossexuais são um atentado à família brasileira.

Embora, existam vários projetos em tramitação, estes acabam não sendo aprovados, em virtude da insistência dos nossos parlamentares em negar legitimidade às demandas do movimento LGBT.

Ademais, ao que parece o Projeto de Lei 6583/2013, denominado de Estatuto da Família, o qual é patrocinado por algumas bancadas religiosas do Congresso Nacional, liderado pelo Presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), veio para emperrar a processo de habilitação na adoção realizada por casais homoafetivos.

Em seu art. 2º¹⁰⁸ referido Projeto define entidade familiar apenas o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável. Deste modo, famílias homoafetivas ou poliafetivas estariam, em tese, fora da lei.

Como se não bastasse, referido projeto trata de maneira retrógrada os direitos humanos e individuais das mulheres ao dizer que a vítima só poderá receber atendimento na rede de saúde se antes tiver passado pela polícia e se submetido a um exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal.

Dentre outros retrocessos, o texto ainda quer proibir a distribuição da pílula do dia seguinte em casos de violência sexual. Certamente com esse texto, as mulheres estupradas serão proibidas de fazer o aborto, sendo obrigadas a levar adiante uma gravidez fruto de um crime. Válido ressaltar que, de acordo com esse pensamento, a mãe e o filho, advindo de estupro, não será considerado “família”, pois não se encaixa na definição do art. 2º do texto extremamente conservador. Da mesma forma, a tia e sua sobrinha, a avó que criou sua neta, por exemplo, também estariam à margem do conceito de família.

De acordo com Tartuce¹⁰⁹ tendo em vista a realidade atual do país, há uma grande chance de que aludido projeto seja aprovado, o que, segundo o autor trará duas consequências. A primeira delas é o reconhecimento da inconstitucionalidade de seu artigo 2º, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que a união homoafetiva é entidade familiar e que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em sentido contrário a restrição do conceito de família, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, instituído em 2006, tratou sobre o reconhecimento de estruturas familiares diversas do modelo tradicional:

A ênfase no vínculo de parentalidade/filiação, respeita a igualdade de direitos dos filhos, independentemente de sua condição de nascimento,

¹⁰⁸ Cf. art. 2º *Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre **um homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.* (Grifou-se).

¹⁰⁹ TARTUCE, Flavio. **Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x plural. Exclusão x inclusão** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1076/Estatuto+da+Fam%C3%ADlia+x+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias.+Singular+x+plural.+Exclus%C3%A3o+x+inclus%C3%A3o>. Acesso em 26 de novembro de 2015.

imprimindo grande flexibilidade na compreensão do que é a instituição familiar, pelo menos no que diz respeito aos direitos das crianças e adolescentes. Torna-se necessário desmistificar a idealização de uma dada estrutura familiar como sendo a "natural", abrindo-se caminho para o reconhecimento da diversidade das organizações familiares no contexto histórico, social e cultural. Ou seja, não se trata mais de conceber um modelo ideal de família, devendo-se ultrapassar a ênfase na estrutura familiar para enfatizar a capacidade da família de, em uma diversidade de arranjos, exercer a função de proteção e socialização de suas crianças e adolescentes.¹¹⁰

O Estatuto das Famílias (PL 470/2013), projeto proposto inicialmente pelos juristas que compõem o IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito, está em curso no Senado Federal. Referido projeto se mostra mais condizente com a realidade social quando comparado ao projeto da bancada fundamentalista, pois traz um conceito extensivo de família. A título de exemplo, ressalta-se a proposta de conceito de união estável constante do seu art. 61, in verbis: "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Da leitura desse dispositivo, conclui-se que a união de duas pessoas não é obrigatoriamente entre homem e mulher.

A lacuna legislativa no que se refere aos direitos dos casais homoafetivos, de certa maneira é preenchida através da interpretação texto humanista e garantista da Constituição da República de 1988, o qual veio abarcar todas as modalidades de família.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente o princípio da igualdade enquanto igualdade formal¹¹¹. Significa dizer que a igualdade formal consiste em dar tratamento idêntico aos seres de uma mesma categoria.

Quanto à igualdade material, segundo José Afonso da Silva¹¹², ela pode ser entendida como uma especificidade da igualdade formal, de modo que se estabelece um tratamento diferenciado de acordo com as necessidades dos indivíduos, ou seja, tal diferenciação deve ter uma justificativa para sua aplicação.

¹¹⁰ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, 2006, p.23. Disponível em: <http://www.paulinia.sp.gov.br/viveremfamilia/pdf/plano.pdf>. Acesso em 07 de out de 2015

¹¹¹ O Artigo 3º Inciso IV da Constituição Federal, dispõe que é vedado qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que neste sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

¹¹² SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.216.

Deste modo, deve ser levada em consideração a igualdade formal que um casal do mesmo sexo ou não, possuem quando enquadrados como entidade familiar. Pela interpretação desse princípio deve-se reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo (conforme CNJ) como legal, pois o seu não reconhecimento é uma forma de ampliar a discriminação, depreciação e a igualação jurídica e isso seria inconstitucional. Nesse sentido, Roger Raupp Rios entende que:

Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal.¹¹³

O Projeto de Lei n. 1151/1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy, foi a primeira tentativa de garantir os direitos da união entre pessoas do mesmo sexo. Embora referido projeto tenha sido importante, pois foi pioneiro na busca dos direitos a casais do mesmo sexo, não trouxe nenhum aspecto inovador sob a ótica constitucional, uma vez que reconhecia a união homossexual a partir de um contrato entre as partes. Se analisado hoje e se fosse aprovado não poderia ser reconhecido como único diploma a disciplinar sobre a união homoafetiva, tendo em vista que apenas se trata de uma formalidade, deixando à margem as relações que se findam no mundo fático.¹¹⁴

Atualmente, se têm presenciado várias decisões que baseadas em interpretação extensiva dos dispositivos, ou ainda, na analogia aos pares heterossexuais, garantem os direitos dos pares homoafetivos, promovendo de certa forma uma nova ordem jurídica antidiscriminatória. Diante de tantas decisões favoráveis, ainda não se entende porque o legislador ainda insiste de maneira preconceituosa em não legislar de acordo com a realidade social brasileira.

¹¹³ RIOS, Roger Raupp, **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por orientação sexual – a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. Editora Revista dos tribunais Ltda, Ed. 2002, p. 129.

¹¹⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord). Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.85.

A denominada “Nova Lei da Adoção” de nº 12.010/2009, embora tenha trazido algumas modificações a fim de diminuir a burocracia na habilitação à adoção (a exemplo a diminuição da idade mínima que passou de 21 para 18 anos - ressaltando a diferença de idade entre adotado e adotante que deve ser de, no mínimo 16 anos), não tratou sobre a adoção por casais do mesmo sexo.

A referida lei de forma explícita traz em seu conteúdo que a adoção poderá ser realizada por pessoas solteiras, o que também se confirma no art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a adoção realizada por maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil. Ressalta-se que, conforme parágrafo 2º do art. 42 do Estatuto, a adoção realizada por duas pessoas só será concedida quando os adotantes forem casados civilmente, ou quando for comprovada união estável.

Como não há nenhuma Lei que discipline sobre a adoção conjunta ou não por homossexuais, através de uma interpretação¹¹⁵ ampla do parágrafo quarto do artigo 224 Constituição Federal de 1988, pode-se chegar a conclusão de que a família homoafetiva é uma entidade familiar, pois assim o legislador previu: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu Art. 25, define como família natural “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

Nesse sentido, o Judiciário juntamente com o poder executivo tentam cumprir o papel do legislador. Importante lembrar que é feita uma análise dos casos concretos, de maneira que um grupo formado por servidores, magistrados, é que decidirá se determinada pessoa ou o casal está apto para criar e educar um filho.

4.2 A adoção por casal homoafetivo e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Como visto anteriormente no capítulo 1, foram os Tratados e Convenções, principalmente a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que impulsionaram a aplicação do princípio do melhor interesse no Brasil. Foi mediante o

¹¹⁵ Diante da lacuna legislativa, deve o intérprete aplicar tanto a analogia Legis, quanto a analogia iuris.

Decreto 99.710/1990 que referida Convenção foi ratificada e, portanto, inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde então, as decisões traziam em seu texto o princípio do melhor interesse e sua prevalência em relação aos direitos de terceiros, como pode se observar na ementa abaixo:

Ementa: ECA - APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE ADOÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, ANTE A AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DOS ADOTANTES NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO - **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA MENOR** - LAÇOS FAMILIARES ESTABELECIDOS COM OS PRETENSOS ADOTANTES - GUARDA EXERCIDA PELO CASAL APELANTE DESDE O NASCIMENTO DA CRIANÇA, COM A CONCORDÂNCIA DA MÃE BIOLÓGICA - FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS - MANUTENÇÃO DA CRIANÇA ONDE JÁ SE ENCONTRA, ATÉ QUE SE DECIDA A RESPEITO DA ADOÇÃO - PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao **princípio do melhor interesse do menor**, basilar e norteador de todo o sistema protetor do **menor**, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro".¹¹⁶

Quando se indefere um pedido de adoção feito por casal homossexual ou solteiro homossexual, não só está ferindo os princípios da igualdade, da não discriminação e da pluralidade familiar, mas também o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

É inconcebível que o magistrado tome sua decisão com base em preconceitos, preferindo pela permanência da criança em abrigo do que a adoção por casal estável, com um lar, emprego, capaz de proporcionar uma vida digna e de dar atenção individual à criança, que como foi explanado no primeiro capítulo deste trabalho, é impossível que a instituição dê todo suporte que a criança necessita para o seu efetivo desenvolvimento.

Como bem foi exposto no capítulo anterior, a união entre duas pessoas em nada interfere na formação psicológica do adotado, pois não apaga a noção da diferença entre os sexos.

¹¹⁶ Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial nº 1172067. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 18/03/2010.

Entretanto, alguns promotores do Ministério Público do Paraná¹¹⁷ têm se mostrado indiferentes com qualquer estudo que demonstre que não há prejuízos para crianças e adolescentes adotados por pares do mesmo sexo, sendo inclusive, defendido que quando os adotantes forem um casal homoafetivo, a criança deverá ter uma idade mínima de 12 anos. Em sede recursal, o Desembargador Dr. Costa Barros, Relator do processo, assim colocou: “Certo é que, quanto mais idade tem a criança, mais difícil é a sua adaptação num ambiente familiar diverso do modelo tradicional, posto que ela já tenha conceitos e preconceitos formados, muitas vezes estigmatizados pela sociedade”.

Ainda o Desembargador Costa Barros (relator) continua:

Por outro lado, não se pode dizer que essa forma de relação familiar traga prejuízos à criança, sejam de ordem moral, social ou afetiva. Acerca do tema, ANA CARLA HARMATIUK MATOS, leciona: "O que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade." E, mais adiante, observa: "(...) pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicam que "não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. (...) o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento 'psicológico das crianças'. A maioria das crianças em todos os estudos funcionou bem intelectualmente e 'não demonstrou comportamentos ego-destrutivo prejudiciais à comunidade'. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais."¹¹⁸

Nota-se que a falta de leis e projetos legais acerca do tema tem propiciado para o não reconhecimento dos direitos às minorias, especialmente aos grupos LGBT's. E embora o STF e o STJ já tenham decidido de forma favorável à adoção, não se pode negar que há a necessidade de um amparo legislativo para a família homoafetiva.

O preconceito não pode frear de maneira alguma um direito que é garantido pela Constituição Federal. A não concessão dos direitos previstos no texto

¹¹⁷ Por outro lado, encontra-se àqueles que defendem a concessão dos direitos à população LGBT, a exemplo, cita-se a criação do Núcleo LGBT. O Núcleo LGBT do Ministério Público do Estado do Paraná é coordenado pelo Promotor de Justiça Fernando da Silva Mattos.

¹¹⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 648257-5. Habilitação para adoção – Adotante homossexual – Limitação de idade do adotando – Ausência de previsão legal. Ministério Público do Estado do Paraná e J.S.B.J. Relator: Desembargador Costa Barros. Julgado em 12 maio 2010.

constitucional revela uma agressão à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, de modo que não pode haver distinção legal entre as pessoas. Sendo assim, não há motivos para se indeferir um pedido de adoção realizado por um casal homossexual, desde que preenchidos todos os requisitos elencados pelo ECA. Ocorre que, a decisão depende de uma análise subjetiva não só do magistrado, mas de toda a equipe do Poder Judiciário, que carregados de preconceito se utilizam de uma interpretação distorcida do princípio do melhor interesse, criando empecilhos para que a adoção se concretize.

4.3. Da interpretação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A noção geral que se tem do princípio do melhor interesse é a de que o bem-estar da criança deve prevalecer sobre quaisquer outros interesses que possam vir a colidir com ele. Deste modo, devem ser levados em conta alguns requisitos, como por exemplo, a idade, se a criança tem irmãos, se foram destituídos os laços com seus pais e se inexistente família extensa. Tudo isso para proporcionar o melhor desenvolvimento psíquico-mental da criança e do adolescente.

Segundo Ana Paula Ariston, quando da colisão entre o princípio do melhor interesse da criança e o direito à igualdade, “não se pode perder de vista o princípio da unidade da Constituição, razão pela qual caberá ao intérprete a tarefa, nem sempre fácil, de harmonizar as normas conflitantes”¹¹⁹. O intérprete deve interpretar a Carta Magna de acordo com os princípios que dela se irradiam, de modo a garantir sua efetividade.

O princípio do melhor interesse não tem um conceito preciso, em virtude de sua própria natureza de ser um princípio. Em decorrência dessa imprecisão, os operadores do Direito acabam analisando o caso concreto com certo grau de subjetividade.

O problema da subjetividade nas decisões, é que ela se apresenta de forma variável, ou seja, referido princípio é aplicado conforme as convicções, valores

¹¹⁹ PERES, Ana Paula Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.118.

(personalidade, educação recebida de seus pais, valores culturais), formação jurídica (conhecimentos adquiridos durante o processo de aprendizado na universidade) dos magistrados. Portanto, a aplicação do princípio do melhor interesse nos Julgamentos se altera de indivíduo para indivíduo.

Segundo Tânia da Silva Pereira, o Juiz não deve utilizar poder discricionário ilimitado¹²⁰, mas deve se atentar para a situação da criança e do adolescente, como também de sua família, objetivando o afastamento de resultados injustos para os envolvidos.

A autora ainda complementa que:

Deve-se evitar um processo judicial demorado e muitas vezes bastante dispendioso, o que é prejudicial às crianças e aos seus pais, acabando por ser um convite ao Juiz em confiar em seus próprios valores e em suas preferências. Ademais, **a conclusão de um Tribunal deve ir além dos valores pessoais de cada um dos julgadores.**¹²¹ (Grifou-se).

Como bem destaca Groeninga, o princípio do melhor interesse da criança deve ser visto em uma ótica associada ao interesse dos pais e não isoladamente ao interesse da criança, sob pena de haver um “desbalanceamento na equação poder/dever, chegando a distorção em que os pais devem e os filhos podem”.¹²²

Insta frisar que diferentemente dos casais heterossexuais que buscam um perfil idealizado, os homossexuais em sua grande maioria não exigem que a criança tenha idade máxima de 2 anos, branca, ou que seja menina e não tenha qualquer tipo de doença, congênita, física ou mental. Sobre esse último requisito, muitos dos casais homossexuais não se importam em adotar crianças portadoras de HIV.

Com isso, se quer demonstrar que o elevado número de crianças e adolescentes institucionalizado (conforme dados relatados no capítulo 1 do presente trabalho) e com poucas chances de serem adotados, poderia ser diminuído de forma significativa se não se criassem tantos empecilhos à adoção por casais homoafetivos.

¹²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O Melhor Interesse da Criança. In _____ (coord). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.31

¹²¹ Ibidem, p.32

¹²² GROENINGA, Giselle Câmara. A tutela do Poder Familiar in: **A Ética da Convivência Familiar**, (org. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira), Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.107.

Ademais, a decisão não fica apenas na mão do Magistrado, mas também também nas mãos do Promotor, assistentes sociais, psicólogos e técnicos do Poder Judiciário.

A falta de dispositivo que regulamente a adoção conjunta ou não por homossexual acaba dando margem para que esse grupo do Poder Judiciário, eivados pelo preconceito, dificultem que crianças institucionalizadas possam ser adotadas.

Para ilustrar que ainda existe o preconceito, ainda que velado, segue a manifestação do Ministério Público quando atuou na contramão do interesse da criança, destacando que é

desinteressante e desvantajoso para a criança, ressaltando o perigo de que sofra preconceito. Aduz, ainda, que a adoção por duas pessoas do mesmo sexo não encontra amparo legal. Arguiu ainda que, embora os pedidos tenham sido feitos individualmente, o objetivo da requerente e de sua convivente é de adoção conjunta, o que seria legalmente impossível, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe qualquer observação no registro de nascimento do adotado; e se for consignado o nome de dois pais ou de duas mães, automaticamente seria revelada a condição de adotado.¹²³

Estamos diante de uma nova era do Direito de Família, a qual representa um grande desafio a ser enfrentado pelo judiciário brasileiro, tendo em vista a busca no atendimento de dois paradigmas: o de assumir a criança e o adolescente como sujeitos de direito, e o de promover a efetiva implementação do princípio do melhor interesse.

Nesse contexto, Marcio Thadeu Silva Marques, remete-nos ao entendimento do então Desembargador Amaral e Silva, magistrado da Corte catarinense:

Não mais um “melhor interesse” subjetivamente estabelecido, o que poderia conduzir ao arbítrio, mas um superior interesse baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas para a proteção integral. Os fins sociais do Estatuto, consubstanciados na promoção e defesa dos direitos, constituem diretriz para que **o superior interesse seja, mesmo, o da criança e do adolescente e não mais um duvidoso e suposto melhor interesse, a critério subjetivo do intérprete.** (...).¹²⁴ (Grifou-se).

¹²³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9000004-19.2011.8.26.0576 APELANTE: PROMOTOR JUSTIÇA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

¹²⁴ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo- **O Melhor Interesse da Criança**. In PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.475.

A Jurisprudência, na tentativa de elencar alguns elementos que poderiam auxiliar na aplicação do princípio do melhor interesse, acabou por criar diversos critérios que, segundo Chaves¹²⁵, devem ser observados pelo juiz para que este sentencie em prol da criança e não de terceiros.

A autora ainda elenca um rol de critérios a não serem utilizados nas decisões. A exemplo, a autora cita que a culpa da separação do casal não deve ser parâmetro na análise da capacidade educativa dos filhos. Outro fator que deve ser desconsiderado é a capacidade econômica dos pais, pois a educação é um critério íntimo da família, não devendo o Estado intervir, exceto nos casos em que ocorre algum tipo de violência contra a criança. Segundo Chaves, o poder econômico de um dos genitores ou adotante não deve ser critério determinante na guarda do filho ou adotado.

A diferença de sexo da criança e o genitor também não deve ser utilizada como critério, uma vez que não são analisados dados científicos, mas sim a convivência dos filhos com os pais nos casos concretos.

Por fim, a questão da homossexualidade em nada deve interferir na decisão do juiz, sendo certo que a apreciação feita pelo magistrado jamais poderá se basear em rotulações preconceituosas. A autora atenta que ao proferir uma sentença utilizando o critério da homossexualidade como empecilho a guarda, estará se violando um direito fundamental da intimidade da pessoa humana.

Se por um lado, Chaves adverte sobre a utilização dos critérios elencados acima, por outro, ela se mostra favorável a aplicação dos seguintes critérios: deve-se respeitar a vontade da criança e/ou adolescente, ressaltando-se que, a pronúncia da vontade tem sim um grande valor decisório, entretanto, não é um fator determinante. Além disso, quando a criança tem mais irmãos, deve-se optar sempre que possível pela não separação dos irmãos.

Percebe-se que é de suma importância que se realize um estudo aprofundado e interdisciplinar de cada caso concreto, de modo que a legalidade formal não ultrapasse os limites do bom senso. Desta forma, as Varas de Família e da Criança e do Adolescente devem de forma interdisciplinar, juntamente com uma

¹²⁵ CHAVES, Marianna. “Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português”, in **Afeto e Estruturas Familiares** / Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 415

equipe de Psicólogos, Psiquiatras e Assistentes Sociais auxiliar o magistrado na formação de um entendimento completo sobre a situação daquela família a fim de evitar decisões fundadas no formalismo exacerbado do princípio do melhor interesse.

Sob esse aspecto o que se presencia cada vez mais nos processos de adoção é uma análise distorcida do referido princípio. Na opinião de Ana Paula Ariston Barion Peres¹²⁶, o que se verifica é uma postura preconceituosa que seleciona pais “ideais” do modelo tradicional de família, privilegiando um processo de segregação em vez de proteger a criança em situação de abandono, que melhor se desenvolveria sob os cuidados de uma família do que em uma instituição. A autora ainda complementa que “o maior desafio é desvendar os indicadores do princípio do melhor interesse, considerando sua base jurídica e legal, para que possa ser dotado de eficácia jurídica”¹²⁷.

A condição mais importante a ser analisada quando da possibilidade de pessoas do mesmo sexo adotarem, deveria ser a de que crianças órfãs, abrigadas possam vivenciar uma relação familiar, recebendo afeto e amor. O melhor interesse da criança e do adolescente é atendido quando a criança é amada e educada em um ambiente familiar, seja ele constituído por famílias monoparentais, tradicionais ou homoafetivas.

Entende-se que o abrigo não é o melhor lugar para uma criança crescer, refutando-se a ideia da “arma do conservadorismo” no que se refere a utilização do princípio do melhor interesse do menor como fundamento para não deferir a adoção, inclusive por casais do mesmo sexo. Isso com certeza não está protegendo o bem jurídico tutelado, como também não está atendendo o interesse da criança e do adolescente.

Na esteira do exposto, Monica Rodrigues Cueno¹²⁸, faz uma análise do comportamento psicossocial da criança abrigada por tempo prolongado:

Os laços construídos nas instituições revelam-se frágeis e inconsistentes. A criança abrigada demora em demonstrar sinais de formação de apegos sociais específicos. A criança, dependendo de sua faixa etária, e de suas vivências pretéritas, apresenta necessidades distintas e o método empregado pelo programa de abrigamento nem sempre atende de forma

¹²⁶ PERES, Ana Paula Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 126.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

personalizada essa demanda. Nos abrigos, a mudança dos cuidadores primários da criança, as oscilações técnicas no atendimento, a falta de consenso sobre o processo educacional a ser adotado, a transferência da criança de uma instituição para outra são fatores que ocorrem comumente e que acarretam a descontinuidade dos laços afetivos e dificultam a estruturação do eu, provocando alto nível de insegurança pessoal, medo e falta de confiança no outro¹²⁹

Deste modo, conclui-se que o maior empecilho para a adoção por casais do mesmo sexo, ainda é o preconceito (mesmo que velado), tendo os magistrados, promotores e auxiliares do poder judiciário se utilizado de conceitos pré-formulados acerca do que seria família, conforme suas convicções e valores.

Deve-se proteger qualquer tipo de relacionamento, independentemente da orientação sexual dos membros de uma entidade familiar. Tendo em vista que o direito é universal, e, não deve apenas tutelar a família enquanto seus membros se definem como homem exercendo a paternidade e mulher a maternidade, mas sim todo o ser humano, independentemente de sua espécie, raça, sexo, cor ou religião. É nesse sentido, que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado e aplicado aos casos concretos.

¹²⁹ Abrigamento Prolongado: os filhos do esquecimento. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Terceiro_Censo/7_Abrigamento.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já se teve a oportunidade de mencionar, a partir da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana ganhou centralidade no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, valorizou-se a pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no ambiente familiar.

Diante disso, mostrou-se a preocupação da inserção da criança e do adolescente em um ambiente familiar, onde possam ter seu pleno desenvolvimento, tendo em vista a condição de vulnerabilidade do público infanto-juvenil. Nesse sentido, o instituto da adoção visa atender às necessidades dos infantes à luz do princípio do melhor interesse.

A adoção por pares do mesmo sexo é um tema bastante discutido tanto na doutrina, quanto na Jurisprudência, tendo o legislador se omitido quanto ao tema. Entre os posicionamentos contrários à adoção por homossexuais estão aqueles que defendem que a criança corre o risco de apresentar problemas psicológicos por não ter uma referência de paterna e materna, e em decorrência disso passaria a apresentar uma tendência à homossexualidade. Ainda, questiona-se sobre a possibilidade do adotado sofrer preconceitos ou sentir vergonha pela opção sexual de seus pais. Nota-se também que a influência de alguns representantes religiosos tem incidido na formação de opiniões, sendo este um dos motivos da resistência por parte da população em relação à adoção por casais homoafetivos.

Sobre esses questionamentos, vários estudos foram realizados acerca de supostos traumas e preconceitos que uma criança adotada por pares do mesmo sexo poderia desenvolver durante sua vida, tendo alguns psicanalistas concluído que em nada afeta o desenvolvimento psíquico mental da criança. Nesse sentido, a doutrina majoritária defende que se trata muito mais de preconceitos por parte dos operadores de direito, do que com uma suposta preocupação de danos psicológicos irreversíveis na vida dos adotados. Para àqueles que defendem essa tese ao impossibilitar à adoção por pares do mesmo sexo estará se distanciando da verdadeira promoção do princípio do melhor interesse.

A Nova Lei de Adoção n. 12.010/2009 trouxe algumas vantagens com a criação do Cadastro Nacional da Adoção, tendo em vista que uniformizou a nível nacional o sistema de adoção. Por outro lado, deixou a desejar com sua função ao não abordar sobre a adoção por casais do mesmo sexo. Da mesma forma, o

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assim como o Código Civil não fizeram menção a esta possibilidade.

Ainda o ECA em seu artigo 43 deixa claro que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Sobre as reais vantagens, entende-se que a adoção é um ato pelo qual, as crianças e adolescentes podem ser inseridos em uma família, onde possam receber os cuidados de proteção e afeto.

Não há respaldo legal que impossibilite um casal ou até mesmo um solteiro homossexual de constituir uma família através da adoção, sendo que qualquer tipo de distinção por opção sexual é inconstitucional, conforme disciplina o artigo 5º da nossa Carta Magna.

Além disso, o legislador continua sendo omissivo ao não editar leis que assegurem os direitos da família homoafetiva, lacuna esta que foi e vem sendo preenchida pela Jurisprudência. Nossas leis, de certa forma estão voltadas para um imaginário de uma família ideal composta por um casal heterossexual, o que está em dissonância com a realidade social brasileira.

Embora se reconheça a possibilidade de adoção por pares do mesmo sexo, e ainda, que se entenda que não há prejuízos futuros para a criança adotada por homossexuais, existe um preconceito ainda que velado, nas decisões pelos magistrados, o que de certa forma torna-se um empecilho às adoções dos infantes, corroborando para o não atendimento do melhor interesse.

Nesse sentido, é imprescindível que o Judiciário, juntamente com uma equipe multidisciplinar analisem o caso concreto, de maneira que a aplicação da sobreposição do melhor interesse do infante não seja uma maneira mascarada de negar a adoção feita por pares do mesmo sexo, materializando assim uma formalidade eivada no preconceito.

O verdadeiro atendimento do princípio do melhor interesse se concretiza quando a criança e o adolescente estão inseridos em um ambiente familiar, independentemente se é uma família tradicional ou homoafetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, **Theorie der Grundrechte**, 2006. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

ALBUQUERQUE, Família Santos, **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 162.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 8. ed.rev. e atual. São Paulo: *Saraiva*, 2015, p. 51-67.

ANIBAL, Felipe. **Por que a “conta” da adoção não fecha?**. Gazeta do Povo, Curitiba, 14, abril, 2014. Vida e Cidadania. Disponível em:

<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/especial-infancia-esquecida/conteudo.phtml?id=1461776> Acesso em 15 de setembro de 2014.

Apostila da Célula da Convivência Familiar e Comunitária para o "**Programa de Formação Continuada aos Juízos da Infância e da Juventude**". p.21-22. CONSIJ-PR e CIJ-PR. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BLACKBURN, Símon. Dicionário Oxford de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 132, apud. SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. **Famílias plurais ou espécies de famílias**. 29 abr. 2009. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,familias-plurais-ou-especies-de-familias,25712.html#_ftn24. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304-392.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Lex: Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 06 de agosto. 2015.

_____. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm> Acesso em 08 de setembro de 2015

_____. Lei Federal nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional da Adoção). Diário Oficial da União de 4 agosto de 2009. Brasília, DF.

_____. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, 2006, p.23. Disponível em: <http://www.paulinia.sp.gov.br/viveremfamilia/pdf/plano.pdf>. Acesso em 07 de out de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.380. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/380.htm>>. Acesso em: 11 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 849.079 (723). Data de julgamento: 03 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial nº 1172067. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 18/03/2010. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172067&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Acesso em 12 de novembro de 2015.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CHAVES, Marianna. “Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português”, in **Afeto e Estruturas Familiares** / Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 407-437.

COUTO, Cleber. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4416, 4 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41210>>. Acesso em: 2 out. 2015.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da; GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). *Direito de Família e Psicanálise*- rumo a uma nova epistemologia. **Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social**—Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 155-161.

_____, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

DIAS, MARIA Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. e atual.-São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____, MARIA Berenice. *União homoafetivas e o atual conceito de família*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/37_-_uni%F5es_homoafetivas_e_o_atual_conceito_de_fam%EDlia.pdf PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Acesso em 21 de setembro de 2014.

_____, MARIA Berenice. **Adoção sem preconceito**. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/adocao-sem-preconceito.cont>>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____, Luis Edson. Princípios Constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 p. 121-130.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Adoção: comentários à nova lei da adoção, Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Leme, 2009.

FIGUEIRÊDO, Luis Carlos de Barros. **Adoção por homossexuais**. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. –Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. A tutela do Poder Familiar in: **A Ética da Convivência Familiar**, (org. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira), Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.107.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio acerca da Ética no Direito. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 425-437.

INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Metade dos brasileiros é contra a adoção de crianças por homossexuais**. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2010/06/1223486-metade-dos-brasileiros-e-contra-a-adoacao-de-criancas-por-homossexuais.shtml>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KREUZ, Sergio Luiz. **Da Convivência Familiar da Criança e do Adolescente na perspectiva do acolhimento institucional: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas**, Paraná: Editora UFPR.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Uma família formada por pai, mãe e filho**. Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/uma-familia-formada-por-pai-mae-e-filho-etzrhwfe6nreaosfwq43qij2>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil – atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.219-230.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Luísa. “**Falta de lei específica causa divergências em programa de apadrinhamento afetivo**”. ZH Notícias. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/04/falta-de-lei-especifica-causa-divergencias-em-programa-de-apadrinhamento-afetivo-4731140.html>. Acesso em 19 de setembro de 2015.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo- **O Melhor Interesse da Criança**. In PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.467-493.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord). Família e Dignidade Humana: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.69-101.

NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. Ed. Caravansarai, Rio de Janeiro, 2003.

OPPERMANN, Marta Cauduro, Competência das Varas de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289-297.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 648257-5. Habilitação para adoção – Adotante homossexual – Limitação de idade do adotando – Ausência de previsão legal. Ministério Público do Estado do Paraná e J.S.B.J. Relator: Desembargador Costa Barros. Julgado em 12 maio 2010

PASSOS. Maria Cênsuelo. **Homoparentalidade: uma entre outras formas de ser família**. Journal: Psicologia Clínica 2005 17(2), p.31-40.

_____, Maria Cênsuelo. Funções Materna e Paterna nas famílias homoparentais. In CARNEIRO, TEREZINHA Féres (coord). Família e Casal: Saúde, trabalho e modos de vinculação. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p.269-281.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática**. Disponível em: [http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania da Silva Pereira/MelhorInteresse .pdf](http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf). Acesso em 21 de setembro de 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PERELSON, Simone. **A parentalidade homossexual: Uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual**. Revista Estudos Feministas, 2005, 14(3), p.709-730.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIANOVSKI RUZY, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant..** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 13 de setembro de 2015.

Relatórios estatísticos –CNA- **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005246897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 12/03/2003

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 599075496, 8ª CC, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/06/1999.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001388982, 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Julgamento em 14/03/2001.

_____.Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013801592, 7ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento em 05/04/2006.

RIOS, Roger Raupp, **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por orientação sexual – a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. Editora Revista dos tribunais Ltda, Ed. 2002.

_____, Roger Raupp. **Encruzilhadas da democracia: “o corpo e a alma da magistratura brasileira” e a “Jurisprudência da homossexualidade”**. Revista USP São Paulo, n. 101, p. 83-98, março/abril/maio 2014. Disponível em www.revistas.usp.br/revusp/article/download/87816/90738. Data de acesso: 04 de dezembro de 2015.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9000004-19.2011.8.26.0576 APELANTE: PROMOTOR JUSTIÇA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TAVARES, Patrícia Silveira. **A adoção após a Constituição Federal de 1988**. Dissertação de mestrado aprovada em 2002, Rio de Janeiro, p. 15-17.

TARTUCE, Flavio. Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x plural. Exclusão x inclusão Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1076/Estatuto+da+Fam%C3%ADlia+x+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias.+Singular+x+plural.+Exclus%C3%A3o+x+inclus%C3%A3o>. Acesso em 26 de novembro de 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.169-191.

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

VIEIRA, Ricardo de Souza. (2011). **Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos**. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica, Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo.

WELTER, Pedro Belmiro; MADALENO, Rolf Hassen(coord.)-**O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 255-277.