

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THALYTA DOLBERTH DA SILVA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: A
DESCONSTRUÇÃO DE UM PRECONCEITO**

CURITIBA

2018

THALYTA DOLBERTH DA SILVA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: A
DESCONSTRUÇÃO DE UM PRECONCEITO**

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

Professora Orientadora: Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos.

CURITIIBA

2018

AGRADECIMENTOS

Pensar no caminho percorrido para chegar até aqui é algo que me emociona profundamente, pois é a maior prova que podemos, sim, realizar nossos sonhos e que não devemos nunca desistir deles, afinal são eles que nos mantêm vivos. Cursar Direito na Universidade Federal do Paraná foi um projeto que me motivou desde o tempo de escola, e que, com muito esforço, consegui alcança-lo. Projeto este que não idealizei sozinha, tive ao meu lado pessoas excepcionais que viveram tudo isto comigo, vibraram, sonharam, choraram e ajudaram-me a tornar este momento realidade. Não podendo ser diferente, deixo aqui minha mais sincera gratidão!

À Universidade Federal do Paraná,

A Universidade Federal do Paraná é uma paixão que carregarei sempre comigo. Ser filha desta casa é algo de muito orgulho e, com toda certeza, serei eternamente grata pelo ensino público e de excelente qualidade que me foi oferecido.

À Professora Rita Vasconcelos,

por carinhosamente me acolher como sua orientanda, por sua paciência, gentileza, coerência e dedicação. Mais ainda por me apoiar em todos os momentos, inclusive quando escolhi trocar a área e o tema da monografia.

À minha Família, base de tudo.

Meu pai e minha mãe, por me mostrarem a importância do trabalho digno e por me incentivarem a lutar pelos meus sonhos; e aos meus Irmãos, Thiago, Camila, Paulo Henrique e Marco, vocês são tudo pra mim.

Aos amigos,

Silvia, Nethelyn, Leandro de Oliveira, Ana Paula Antunes, Raphaella, Anny Kuceki, por estarem ao meu lado nessa jornada, sem vocês o caminho até aqui teria sido ainda mais pesado.

Ana Carolina, por ter acompanhado maior parte da minha vida e ter compartilhado comigo toda a luta para chegar até aqui. Obrigada por ter me dado

suporte em vários momentos e, mesmo não estando tão perto, continuar torcendo pelo meu sucesso.

Família Affonso da Costa, em especial, à Victoria, obrigada por me incentivar, sem você o resultado deste trabalho não teria sido o mesmo.

“Triste época! É mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito.”

Albert Einstein

“Quem assume sua verdade age de acordo com os valores da vida, mesmo enfrentando o preconceito e pagando o preço de ser diferente, passa credibilidade, obtém respeito e se realiza.”

Luiz Gasparetto

RESUMO

Um dos pilares fundamentais da Constituição Federal brasileira é a igualdade, pilar este que serve de sustentação do Estado Democrático de Direito em que vivemos. Não obstante, o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, principalmente quando se fala em reconhecimento de direitos, mais ainda quando se fala de pessoas LGBTTI. A partir da constitucionalização do direito, pessoas homossexuais vêm tendo esses direitos reconhecimentos, ainda que com muita luta, como pode-se citar os casos da ADI 4277 e ADPF 132/RJ em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, digna de tutela jurídica e, por consequência, a possibilidade da adoção conjunta de crianças por casais homoafetivos, objeto de estudo deste trabalho. O direito de constituir uma família está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana, enquanto realização pessoal. Além disso, o tema da adoção também deve ser visto como um direito da criança e/ou adolescente em ser acolhido por uma família que o ame, o proteja e lhe garanta a proteção integral, independente da orientação sexual dos adotantes. Conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 3º, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Assim, o objetivo da adoção é garantir o melhor interesse da criança, possibilitando-lhes um lar, independente da orientação sexual dos adotantes ou de julgamentos pré-estabelecidos por uma sociedade heteronormativa. Afinal, família no direito contemporâneo tem como base o afeto e não o sexo, o gênero ou a raça. Tem-se família quando há amor e, principalmente, respeito.

Palavras-chaves: Direito de Família. Adoção. LGBTTI. Homoafetividade. Melhor interesse da criança e/ou adolescente.

ABSTRACT

One of the fundamental pillars of the Brazilian Federal Constitution is equality, pillar that serves as sustentation of the Democratic State in that we live in. Although, Brazil is one of the unequalest countries of the world, mainly when it is spoken in recognition of rights, especially when it is spoken about the LGBTTI community. From the constitutionalisation of rights, the LGBTTI community is having those rights recognized with a lot of fight, as we can see in the cases of ADI 4277 and ADPF 132/RJ, in that Federal Supreme Court recognized the homoafective common-law marriage as family entity, worthy of juridical protection and, this way, the possibility of the adoption of children for homoafective couples, object of study of this work. The right of forming a family is deeply linked to the principle of the human dignity, while personal accomplishment. Besides, the adoption should also be a right of the child and adolescent in being welcomed by a family that loves him, protect him and guarantee him protection, independent of the sexual orientation of the future parents. As willing in the Child's and Adolescent Statute, in its 3rd article, the child and the adolescent enjoy all the inherent fundamental rights to the human person, without damage of the integral protection, assuring them by law or by other means, to allow them the development physical, mental, moral, spiritual and social, in conditions of freedom and of dignity. The objective of the adoption is to guarantee the child's best interest, making possible them to have a home, independent of the sexual orientation of the applicants or of judgements established by a heteronormative society. After all, "family" in the contemporary Law has as base the affection, not the sex, gender or race. There is family when there is love and, mainly, respect.

Keywords: Family Law. Adoption. LGBTTI. Homoafective Law. The child's and adolescent best interest.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O RECONHECIMENTO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS	15
2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
2.2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	18
2.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O RESPEITO À DIFERENÇA.	20
2.4. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	21
2.5. FELICIDADE COMO PRINCÍPIO.....	22
2.6. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS CONJUGAIS HOMOAFETIVOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 132/RJ E ADI 4277.	23
3. DA AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA À ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO APÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988... 29	29
4. FILIAÇÃO E HOMOAFETIVIDADE	34
4.1 PRINCIPAL BARREIRA: O PRECONCEITO.	35
4.2. A DESCONSTRUÇÃO DO PRECONCEITO: O DIREITO À IGUALDADE.	37
5. ADOÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	42
5.1. DO DIREITO À FAMÍLIA SUBSTITUTA INDEPENDENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS PAIS.....	45
5.2. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E/OU ADOLESCENTE E O CRESCIMENTO COM ACOLHIMENTO E AMOR.	47
6. ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 houve o fenômeno chamado “constitucionalização do Direito Civil”, ou seja, o diploma civilista passou a ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais. Tal fenômeno trouxe consigo mudanças substanciais ao ordenamento jurídico, assim como na parte afeta às relações familiares.

O Direito de Família, tal como regulamentado pelo Código Civil de 1916, restou reconhecido como “Direito de Família Clássico”, voltado a questões patrimoniais, em relações hierarquizadas, baseadas no patriarcado, em que o homem era o “chefe da família”, detentor do pátrio poder, e em que o casamento era a única forma de constituição da entidade familiar. A mulher, por sua vez, era tida como gestora do lar, submissa ao marido. Aos filhos não havia igualdade, de modo que aqueles concebidos fora do matrimônio eram considerados ilegítimos. E por fim, não se tinha a figura da união estável, mas tão somente concubinato.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, o Direito de Família teve mudanças fundamentais, tais como a igualdade entre o homem e a mulher e igualdade entre os filhos, de modo que todos os filhos – independente se concebidos dentro ou fora do casamento – passaram a ter os mesmos direitos. Ou seja, alcançou-se uma nova fase do Direito de Família, chamada de eudemonista. Nesta fase, as relações familiares são norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No Direito de Família contemporâneo, eudemonista, preocupa-se com a realização pessoal de cada membro da entidade familiar, enquanto indivíduo de direitos e obrigações. Mais do que os laços consanguíneos, os laços de afeto passam a ser mais fortes e, também, constituintes da entidade familiar.

Tendo em vista este cenário, o objetivo geral desta monografia é abordar o tema da adoção por casais homossexuais que, em que pese seja uma realidade alcançada, ainda é uma temática que envolve muito preconceito e estigmas.

Para tanto, num primeiro momento, busca-se trabalhar com o reconhecimento dos princípios constitucionais que norteiam as relações familiares contemporâneas, elegendo os principais, sendo: i) Princípio da dignidade humana, como o princípio mais universal de todos e a partir dele que todos os demais são reconhecidos; ii)

Princípio da Liberdade, trata-se da liberdade individual de dispor da própria vida, de acordo com suas próprias concepções e personalidade. Inclusive de dispor sobre a própria orientação sexual; iii) Princípio da Igualdade e o respeito à diferença, o direito à igualdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, devendo ser interpretado de forma a tratar todos de forma igual, dentro das suas diferenças; iv) Princípio da Afetividade, consagrado como direito fundamental cada vez mais em evidência no Direito de Família contemporâneo; v) Felicidade como princípio, embora não esteja expressamente previsto no nosso ordenamento jurídico, passou a ser considerado como um direito fundamental que, conforme a doutrina, decorre do dever do Estado de promover o bem-estar de todos e de garantir o respeito à dignidade.

Foi interpretando os princípios Constitucionais que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132/RJ, em maio de 2011, de relatoria do Ministro Ayres Britto, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, digna de tutela jurídica.

O julgamento da ADI 4277 e ADPF 132/RJ foi decisivo para a publicação da Resolução 175 em maio de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a habilitação, a celebração do casamento civil e a conversão da união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo. E ainda, o voto do Ministro Ayres Britto, abriu precedente para a adoção conjunta por casais homoafetivos, pois segundo ele, a mesma lógica de interpretação dos preceitos constitucionais deve ser usada nos casos de adoção.

Diante disto, busca-se demonstrar que no ordenamento jurídico brasileiro não há nenhuma vedação à adoção por casais homoafetivos, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional. No entanto, apesar de não haver norma específica que regule os direitos homoafetivos, tal fato não legitima considerar que estes direitos não existam. Ao contrário, trata-se de uma omissão do legislador que, novamente, reforça a necessidade de uma interpretação aprofundada dos princípios constitucionais, com o intuito de resguardar a concretização e a eficácia dos direitos homoafetivos.

Analisar-se-á a relação da filiação com a homoafetividade, que mesmo com os avanços no âmbito social e político, referente às conjugualidades e parentalidades de pessoas do mesmo sexo, revelam-se desafios que ainda suscitam questionamentos carregados de preconceitos, crenças negativas e arraigadas, que

contribuem para julgamentos discriminatórios e conservadores acerca dos novos modelos familiares.

A adoção de menores por casais de pessoas do mesmo sexo ainda encontra grande resistência na sociedade. Isto porque, apesar de a Carta Magna de 1988 defender a igualdade como base de uma sociedade justa e democrática, o Brasil ainda é um Estado marcado pelo conservadorismo patriarcal que, conseqüentemente, tem dificuldade de aceitar aquilo que foge dos padrões tidos como 'normais'. Assim, estigmatiza a capacidade de casais homossexuais em criarem e educarem uma criança, como se tal feito somente pudesse ser realizado satisfatoriamente por casais de orientação heterossexual.

Verifica-se assim, que a principal barreira na concretização do direito à filiação/maternidade/paternidade nas relações de pessoas de orientação sexual homossexual, muitas vezes, é o preconceito, não obstante inexistirem pesquisas científicas que comprovem a desqualificação de pessoas homossexuais com a maternidade/paternidade ou ainda que comprovem algum dano à criança e/ou adolescente criado por pais homossexuais.

Nesta seara, defende-se que o único meio de desconstruir o preconceito é a busca pela racionalização do direito à igualdade. Neste ponto, não somente a igualdade entre casais homo ou heterossexuais, mas direito à igualdade em tratamento das crianças como meio de efetivação da proteção integral trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou, nos termos do texto constitucional, de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disso, o presente trabalho tratará da adoção e sua concretização por casais homoafetivos. Deste modo, busca-se trazer uma breve conceituação do que é a adoção no direito brasileiro e como funciona sua sistemática.

Defende-se que a adoção homoafetiva não é somente um meio de casais homossexuais exercerem o direito à maternidade/paternidade, mas sim um meio de atender o melhor interesse das crianças e adolescentes que aguardam em abrigos pelo acolhimento numa família substituta, independente da orientação sexual do candidato à adoção.

Assim, a adoção é um instrumento garantidor do melhor interesse da criança e adolescente, pois possibilita sua inserção em uma família substituta e é com isso

em vista que será analisada a jurisprudência, a fim de identificar o entendimento que vem se consolidando nos Tribunais pátrios.

2. O RECONHECIMENTO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Com o advento da Constituição da República de 1988, houve a ocorrência do fenômeno chamado de ‘constitucionalização do direito civil’¹, passando o diploma civil a ser interpretado à luz da Constituição Federal. Não podendo ser de forma diversa, o Direito de Família também vem evoluindo neste sentido, de modo que sofreu mudanças fundamentais, no sentido de adequar as suas regras e, por consequência, as suas respectivas aplicações de acordo com os princípios e regras constitucionais.

Antes do atual regime jurídico tinha-se um direito de família pautado naquilo que dispunha o Código Civil de 1916, de formação clássica, em que o instituto do casamento era legitimador da entidade familiar.² Família, no contexto do Código de 1916, somente decorria do casamento, conforme informa Maria Berenice Dias, quando leciona que “como consequência de uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos somente poderiam ser aceitos e reconhecidos juridicamente através do matrimônio.”³

Maria Berenice Dias também afirma que, outra característica deste direito de família clássico era a família como um núcleo menor do estado, representado pelo pátrio poder, extremamente hierarquizada e patriarcal:

A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força e trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.⁴

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil serviu como mudança de paradigmas, inclusive no Direito de Família⁵. Isto porque, o Direito de Família migra

¹ “A constitucionalização do direito civil, também chamada de direito civil constitucional, nada mais é do que a imposição de uma leitura dos institutos de direito civil conforme a Constituição Federal. A norma não deixa de ser de direito privado, mas direito privado interpretado conforme a Constituição.” MANTOVANI CERA, Denise Cristina. **No que consiste a chamada constitucionalização do direito civil?**. Disponível em < <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2526086/no-que-consiste-a-chamada-constitucionalizacao-do-direito-civil-denise-cristina-mantovani-cera> >. Acesso em 05 out.2018.

²BRASIL. Código Civil (1969). Lei n 3.071, de 1º de janeiro 1916. Arts. 352 e ss. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 ago. 2018

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 5ª ed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.28

⁴ Ibidem. p. 13

⁵ MADALENO Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

do modelo clássico para o modelo *eudemonista*⁶, voltado à realização pessoal, igualdade e dignidade de seus integrantes. Neste modelo, conforme leciona Rolf Madaleno, o vínculo afetivo que envolve seus integrantes é mais privilegiado⁷:

Estabelece a Constituição Federal os princípios gerais de amparo da família, com traços fundamentais de proteção na igualdade dos direitos dos filhos, independentemente de sua origem advir do casamento, da união estável, da monoparentalidade ou da adoção.

Foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges, desaparecendo a hipocrisia de o marido exercer a chefia da sociedade conjugal e de a mulher ser sua mera colaboradora, e o direito de o marido fixar o domicílio conjugal, o de autorizar o casamento de seus filhos menores. Derrogado o pátrio poder, também foram reconhecidos pela legislação vigente direitos semelhantes aos do casamento para uniões estáveis de um homem e uma mulher, ou de relação entre casais do mesmo sexo.⁸

Nesta toada, em consonância com a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁹, possibilitou-se o reconhecimento dos direitos constitucionais nas relações familiares. Neste sentido tratar-se-á daqueles indispensáveis à garantia dos direitos das famílias homoafetivas.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal, lei máxima do ordenamento pátrio e norteadora de todo o sistema, assevera, em seu artigo 1º, que o Estado tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana:

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

(...)

III. a dignidade da pessoa humana.

⁶“A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**– 2. ed. – São Paulo; Atlas, 2012. p. 212

⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – Op. Cit. p. 28

⁸MADALENO Rolf. **Curso de Direito de Família**. Op. Cit. 42.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10 ago.2018

Como princípio, a dignidade da pessoa humana revela-se como norteador máximo do Direito das Famílias. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.¹⁰

Segundo Maria Berenice Dias, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos e é a partir dele que todos os demais serão reconhecidos¹¹.

Luiz Fernando Barzotto afirma que a dignidade de uma pessoa impõe um comportamento àqueles que se defrontam com ele. O portador desta dignidade é digno de ser tratado de uma determinada maneira, sendo a manifestação vinculante de uma identidade, dotada de valor, por isso regulativa do comportamento¹². Além disso, Barzotto afirma que este princípio garante à pessoa o exatamente o seu direito de ser reconhecida como pessoa:

A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto, que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa.¹³

Na expressão de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

(...) qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁴

Rolf Madaleno, por sua vez, disserta que com a constitucionalização do Direito de Família, passa-se a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, sendo uma preocupação do Estado Democrático de Direito a proteção de todos os cidadãos, passando a família a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana.¹⁵

Corroboram, neste sentido, as palavras de Maria Berenice Dias:

¹⁰Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. Op. Cit. p. 61.

¹¹Idem.

¹² BARZOTTO, Luiz Fernando. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. Malheiros. Porto Alegre, 2009. p.51

¹³ Ibidem, p. 19

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60

¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família** Op. Cit. p. 50.

(...) A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada participante com base em ideias pluralistas, solidárias, democráticas e humanistas.¹⁶

Luiz Edson Fachin explica que “é por meio das lentes constitucionais da dignidade humana, e da cláusula de abertura material contida no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que se pode sustentar a existência do direito à livre orientação sexual e à consequente não discriminação por motivos desta ordem.”¹⁷

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, estando enraizados nele vários outros princípios, tais como, por exemplo, o da liberdade, o da privacidade e autonomia da vontade.

2.2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O direito à liberdade é direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988, de forma inviolável (art. 5º).¹⁸

A ideia de liberdade se reflete em todos os direitos fundamentais de primeira geração, pois constitui “o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma constituição”, tal como assevera Luiz Araújo¹⁹.

O direito à liberdade está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, pois trata-se da liberdade individual de dispor da própria vida de acordo com suas próprias concepções e personalidade.

¹⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) *Direito de Família e novo Código Civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.105

¹⁷ FACHIN. Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.) **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.p. 119

¹⁸ BRASIL. Constituição da República (1988). “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” Op. Cit.

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

No âmbito do Direito das Famílias, o princípio da liberdade assegura a liberdade dos indivíduos de se relacionarem com quem ou como quiserem, seja por relacionamentos heterossexuais ou homossexuais; constituírem a forma de entidade familiar que melhor se adequem – por união estável, pelo casamento; ou ainda, liberdade para dissolver os laços de afeto quando estes não mais se fizerem presentes.

José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia dissertam que é sobre o princípio da liberdade que se erguem todos os demais – civis, individuais e políticos-, que significa um afastamento do Estado das relações individuais e sociais, para permitir que os cidadãos sejam de fato livres²⁰. E ainda, não há como distanciar o princípio da liberdade do da dignidade da pessoa humana, pois se ligam à ideia de liberdade pessoal do indivíduo.

Maria Berenice Dias acentua que “ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.”²¹ Portanto, a liberdade sexual, ou qualquer outra forma de liberdade, além de pertencer ao ideal de dignidade da pessoa humana, decorre da autonomia da vontade privada de cada um.

Qualquer restrição à liberdade acarreta violação da dignidade da pessoa, tal como expressam Ragazzi e Garcia:

(...) restringir a liberdade de escolha ou negar direitos aos que, por qualquer modo, se afastam do padrão dito ‘convencional’, em qualquer seara, é subtrair do ser humano a sua própria dignidade, liberdade e direito à autodeterminação. É dizer a ele que sua conduta deve ser pautada pela racionalidade da maioria e não ela sua própria vontade.”²²

Assim, extrai-se que o princípio da liberdade está consubstanciando numa perspectiva de privacidade e intimidade do ser humano,²³ e, principalmente, em manifestar o seu ser em toda a plenitude.

²⁰ RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Thiago Munaro. **Princípios Constitucionais**. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.183

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

²² RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Thiago Munaro. **Princípios Constitucionais**. Op. Cit. p.184

²³ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.89

2.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O RESPEITO À DIFERENÇA.

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito à igualdade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito em seu preâmbulo²⁴ e ratifica tal pilar em seu art. 5º, quando assevera que todos são iguais perante a lei²⁵, bem como no inciso IV do art. 3º²⁶, e inciso XXX do art. 7º²⁷, ao vedar qualquer forma de discriminação. Ou seja, o sistema jurídico se preocupa com um tratamento isonômico e igualitários aos cidadãos no âmbito social, tendo como ideia central a garantia da igualdade como um sinônimo de justiça.²⁸ Neste sentido são as lições de Maria Berenice Dias:

Classicamente é dito – mas pouco praticado – que a igualdade é assegurar tratamento igual aos demais e desigual aos desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Deste modo, a igualdade configura direito à diferença. Em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, são contempladas as diferenças existentes entre as pessoas. A humanidade é diversificada e multicultural. Assim, é mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade do que buscar uma falsa – porque inexistente - identidade.²⁹

Assim, o princípio da igualdade deve ser interpretado no sentido de tratar com igualdade cada um de acordo com suas especificidades, respeitando a sua dignidade como pessoa humana. Afinal, igualdade nada mais é do que o direito de ser diferente, sem sofrer discriminação por isso.³⁰ Defender qualquer posicionamento que milite em sentido contrário, em especial o de que uma pessoa homossexual não possui os mesmos direitos que uma pessoa heterossexual é ir em sentido absolutamente contrário ao da Constituição Federal, violando seus princípios.³¹

²⁴BRASIL. Constituição Federal (1988): “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)” Op. Cit.

²⁵Ibidem. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

²⁶ Ibidem. “Art.3º, IV: Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁷ Ibidem. “Art. 7º, XXX: Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. Op. Cit. p.64

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. Op. Cit. p.91

³⁰ Ibidem.p.93.

³¹ BRASIL. Constituição Federal (1988): Op. Cit.

Preâmbulo;
Art.3º, inciso IV;

2.4. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

O Direito de Família, ao receber o influxo da Constituição, foi alvo de uma profunda transformação e ocasionou uma verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares³².

As transformações no campo do Direito das Famílias possibilitaram a flexibilização do próprio conceito de família, indicando que seu elemento formador precípua é, antes mesmo do que qualquer fator genético, o afeto.³³

Dentre as transformações no âmbito familiar, tem-se o afeto dotado de valor jurídico como resultado da transformação do Direito de Família clássico³⁴ para um Direito de Família eudemonista³⁵ e igualitário, em que são preservados o afeto e a realização individual – recorda-se de quando as uniões estáveis foram reconhecidas como entidade familiar e merecedoras de tutela jurídica, fato este que demonstra que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.³⁶

No julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132/RJ, o Ministro Celso de Mello, integrante do Supremo Tribunal Federal, em seu voto reconheceu o afeto enquanto princípio jurídico-constitucional implícito às relações familiares:

(...) torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto³⁷.

Art. 5º, inciso I;

Art. 7º, inciso XXX.

³²DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito a diferença**. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>> Acesso em 15 jun.18. p.5.

³³ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução no conceito de Família. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p.269

³⁴ “Modelo em que o *pater familiae* era detentor da quase totalidade dos poderes da instituição familiar. À mulher cabia a execução das tarefas domésticas e a criação dos filhos.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

³⁵ “A família eudemonista é um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.” GOMES, Luis Flávio. **O que se entende por família Eudemonista?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/492747/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista>> Acesso em 30 set.18.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça** Op. Cit. p. 93.

³⁷BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Voto Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05/11/11. p. 40.

Desta maneira, o afeto foi consagrado como um direito fundamental cada vez mais em evidência nos institutos que disciplinam o Direito das Famílias. Maria Berenice Dias afirma que o princípio da afetividade é o princípio norteador do Direito das Famílias.³⁸ Paulo Lôbo define o princípio da afetividade como “o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”³⁹

2.5. FELICIDADE COMO PRINCÍPIO.

Conforme já exposto, o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família acarretou a transformação do Direito de Família Clássico para o modelo eudemonista, preocupado com a realização individual de cada indivíduo no âmbito familiar.

Destarte, embora o direito à felicidade não esteja expressamente previsto no texto constitucional ou infraconstitucional, ele acabou por ser considerado um direito fundamental. Maria Berenice Dias discorre que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem-estar de todos e de garantir o respeito à dignidade.⁴⁰

O Ministro Celso de Mello, ao votar sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132/RJ, asseverou que o direito à felicidade tem origem na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana:

(...) o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais.⁴¹

Deste modo, verifica-se que embora não previsto em textos, o direito à felicidade qualifica-se como um dos mais significativos postulados constitucionais.⁴²

³⁸DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. Op. Cit. p.93

³⁹ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. op. Cit. pg. 22

⁴¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4.277 e ADPF 132/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05/11/11. p. 35

⁴² Ibidem. p. 37

2.6. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS CONJUGAIS HOMOAFETIVOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 132/RJ E ADI 4277.

Antes de adentrar na análise do julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, pelos quais foi reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar detentora de tutela jurídica, é importante destacar que, anterior a isso, Maria Berenice já afirmava que “muito dos avanços se devem ao movimento social, extremamente ativo e atuante na luta pelos direitos homoafetivos, exercendo decisivo papel para a inserção do segmento homossexual no âmbito da proteção do Estado.”⁴³

Em fevereiro de 2006, o reconhecimento da união homoafetiva já havia sido objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.300 de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que foi arguida a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.278/96⁴⁴ posteriormente recepcionado no Código Civil de 2002 em seu art. 1.723, que restou assim ementado:

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?⁴⁵ (STF - ADI 3.300. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 03.02.2006.)

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. Op. Cit. p .77

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em 11 ago. 2018

⁴⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 03/02/2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3300%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ctmtqe>> Acesso em: 11 Ago. 2018.

O voto do Ministro foi no sentido do não conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por perda do objeto, visto que o objeto da ADI era a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, porém tal lei havia sido derogada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.723 que, por sua vez, não foi objeto de discussão. Assim, por razões de ordem estritamente formal a ADI 3.300 não foi conhecida.

No entanto, tendo em vista a extrema importância jurídico-social da matéria, o Ministro Celso de Mello trouxe em seu voto vasta fundamentação constitucional e doutrinária sobre a matéria, em sentido bastante progressista. Eis excerto do voto:

(...) apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.⁴⁶

Como pontuado pelo Min. Celso de Mello, os tribunais *a quo*, já caminhavam no sentido de reconhecer as uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares, pelo método da analogia⁴⁷, conforme decisão usada para fundamentar seu voto, veja-se:

Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil)

⁴⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.3.300. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento em 03/02/2006. p. 5.

⁴⁷ Idem. p. 7

Nesta toada, a possibilidade da adoção homoafetiva também já vinha sendo objeto de decisões de juízos de primeiro grau, como ocorreu em um caso no Rio Grande do Sul, que posteriormente foi causa de Recurso de Apelação pelo Ministério Público. O acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME⁴⁸.

Diante disto, é correto dizer que anteriormente ao julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132/RJ, o reconhecimento dos direitos Homoafetivos foram pleiteados em outras tantas ações, mas sem carga uniformizadora – em outras palavras, diga-se que o reconhecimento, embora efetivo em algumas ações, o era de forma isolada. Porém, o julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento acerca dos direitos conjugais Homoafetivos, tornando-se um marco importante para o reconhecimento de outros direitos que merecem tutela jurídica.

Ambas as ações, ADI 4.277 e ADPF 132/RJ, buscaram a interpretação do art. 1.723⁴⁹ do Código Civil Brasileiro conforme a Constituição da República de 1988. Assim, foram julgadas em par por possuírem o mesmo tema central, pois houve uma

⁴⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Recurso de Apelação nº 70013801592/2006. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70013801592%26num_processo%3D70013801592%26codEmenta%3D1364607+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70013801592&comarca=Bag%C3%A9&dtJulg=05/04/2006&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris> Acesso em 19.set.2018. p.1

⁴⁹ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 11 ago.2018.

convergência de matérias, que possibilitou o julgamento conjunto pelo Ministro Relator Ayres Britto, em maio de 2011.

A fundamentação da “interpretação conforme a Constituição” se faz numa análise dos princípios constitucionais de: i) proibição da discriminação por sexo, seja na dicotomia homem/mulher, seja pela orientação sexual; ii) direito fundamental de dispor da própria sexualidade; iii) direito à autonomia da vontade; iv) direito à intimidade e à vida privada; v) direito à dignidade da pessoa humana; vi) direito à busca da felicidade; e vii) princípio norteador do Estado Democrático de Direito de promover o ‘bem-estar social’ de todos.

No início da análise de mérito, o Ministro Ayres Britto posicionou-se pelo conhecimento do pedido de ambas as ações, indicando que:

(...) pedido de “interpretação conforme à Constituição “do dispositivo impugnado (art. 1.723 do CC) porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.⁵⁰

Dentro da interpretação conforme a Constituição, o Ministro discorreu sobre a ideia de “sexo” no texto constitucional, de modo que a expressão é usada como meio de identificar os gêneros ‘feminino’ e ‘masculino’, ao passo que serve como meio de igualdade: “Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo, (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição da República) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles.”⁵¹

Assim, segundo Ayres Britto, a disposição da própria sexualidade é um direito autêntico de personalidade.

Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “torna-te quem és”. (STF. ADI 4277 e ADPF 132/RJ: Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011).

Nesta toada, a sexualidade é um direito fundamental e bem integrante da personalidade, ao certo que a orientação sexual se coloca como direta emanção do

⁵⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277 e ADPF 132/RJ: Voto Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05/11/11 p. 5

⁵¹ Ibidem. p. 12

princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. E mais, o reconhecimento das uniões homoafetivas também significa reconhecer o direito de realização pessoal, tal como se extrai das razões de julgar adotadas por Ayres Britto: “Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.”⁵²

Em conjunto com o direito da autonomia da vontade de dispor da própria sexualidade, a liberdade também se manifesta na forma de direito à intimidade e à privacidade que encontram respaldo no inciso X, do art. 5º da CF⁵³.

Na sequência, Ayres Britto discorreu sobre o que é família à luz do texto constitucional, chegando à conclusão que “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre família formalmente constituída e aquela existente ao rés de fato. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva.”⁵⁴

A Constituição de 1988, ao contrário da Carta de 1969 que dizia que família é composta pelo casamento⁵⁵, traz um conceito não reducionista de família, ao reconhecer as “entidades familiares” pela união estável⁵⁶.

Na interpretação da norma conforme a Constituição, o Ministro do Supremo Tribunal Federal pontua que o art. 226, §3º da Constituição Federal ao dizer “homem” e “mulher” não quer discriminar relações homossexuais, mas sim estabelecer uma igualdade entre a dicotomia dos dois gêneros, como uma forma de reforçar o princípio da igualdade que é pilar do Estado Democrático⁵⁷. E, independente da “modalidade de legítima constituição de família, nenhuma é feita à interdição, ou à possibilidade de

⁵² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 05/05/2011. p. 14

⁵³ Ibidem p. 15

⁵⁴ Ibidem. p. 24

⁵⁵ BRASIL. **Código Civil 1916**: “Art. 175.A Família é constituída pelo casamento e terá à proteção dos Poderes Públicos.” Op. Cit.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição Federal 1988**: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Op. Cit.

⁵⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277 e ADPF 132/RJ. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgamento em 05/05/2011. p. 29

protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos”.⁵⁸

O término do voto do Ministro abre precedente para o tema da adoção ao dispor que:

Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições de sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiro (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre o adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro ou casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição e de regra do inciso II do art. 595º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da CF.

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal foi de suma importância para que o direito das pessoas LGBTTI de constituir família partisse da clandestinidade para a plena “legalidade”, ou seja, passasse a ser reconhecido sem qualquer traço distintivo em relação às relações heterossexuais. A partir dela, foi possível a legalização do casamento homoafetivo pela regulamentação da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça⁶⁰ e também teve reflexos no direito à filiação por casais de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros+.

⁵⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277 e ADPF 132/RJ. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgamento em 05/05/2011. p. 31

⁵⁹ *Ibidem*. p. 29

⁶⁰ A resolução nº 175/2013 dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 30 set.18.

3. DA AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA À ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO APÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República de 1988 é popularmente conhecida como a Constituição Cidadã, isto porque traz em todo o seu texto direitos e garantias fundamentais a todos e todas⁶¹.

Já no preâmbulo tem-se como um dos princípios fundantes da República a democracia, que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.⁶²

Em seu art. 3º, constitui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁶³ Porém, a Constituição Federal em nenhum momento trata de forma expressa sobre orientação sexual⁶⁴, deixando a cargo da hermenêutica a concretização dos direitos por meios dos princípios constitucionais.

Numa análise ampla do texto constitucional, observa-se que a palavra “adoção” é citada quatorze vezes. Nada obstante, somente em duas hipóteses é para tratar de adoção propriamente dita, ou seja, o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.⁶⁵ Quais sejam, no art. 227, §§ 5º e 6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

⁶¹ Fala-se em Constituição Cidadã em alusão às suas diversas conquistas no campo das liberdades individuais, os direitos de natureza social e política.

⁶² BRASIL, Constituição Federal. Op. Cit.

⁶³ BRASIL, **Constituição Federal**: art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁴ “A Constituição, ao conceder especial proteção à família, não a define. Fala no casamento, e igualmente não o conceitua. Só há referência ao sexo do par quando fala na união estável, a qual deve ser facilitada a conversão em casamento. Ao Alencar as entidades familiares, inclui o que passou a se chamar de família monoparental: um dos pais com sua prole. Silencia sobre as uniões homoafetivas, omissão, no entanto, que não significa que elas não merecem reconhecimento como entidade familiar.” DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & Justiça**. Op. Cit. p. 68.

⁶⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Op. Cit. p. 484.

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º 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.⁶⁶

Assim, extraem-se alguns pontos : i) o texto constitucional delega à legislação ordinária a normatização das condições e especificidades do que tange o instituto da adoção; ii) é um dever de todos assegurar os direitos das crianças e adolescentes; iii) não há diferença entre filhos sanguíneos e adotados; iv) não há restrição sobre a orientação sexual dos adotantes de forma expressa, ao passo que, diante de uma lei de natureza infraconstitucional que restrinja o direito à adoção por orientação sexual, esta, por sua vez, é claramente inconstitucional.

Na legislação infraconstitucional, ao seu turno, não são encontrados dispositivos que garantam, de forma explícita, os direitos de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis. Conforme informa Luiz Edson Fachin, o Código Civil, apesar de ter sido promulgado em 2002, já nasceu velho, representando um filho tardio da modernidade⁶⁷, isto porque seu projeto original data de 1975, portanto, tramitou pelo Congresso Nacional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não acompanhando a realidade da sociedade contemporânea⁶⁸.

O Código Civil trata da adoção em sua parte relativa à filiação, iniciando-se no art. 1.596, reforçando o texto constitucional ao dizer que não há diferença entre os filhos havidos no casamento ou adotados, pois ambos terão os mesmos direitos e qualificações. Sendo expressamente vedado designações discriminatórias relativas à filiação.⁶⁹

⁶⁶ BRASIL. Constituição Federal. Op. Cit.

⁶⁷FACHIN. Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 46

⁶⁸ NASCIMENTO, Adriana Nunes. SARKIS, Adriely Saraiva. TEIXEIRA, Diogo Gomes. SASSIM, Isabela Francez. **A possibilidade jurídica de união estável e adoção para casais homoafetivos à luz dos princípios da dignidade humana e isonomia**. Unama – Universidade da Amazônia. 2014. p. 12.

⁶⁹ BRASIL, **Código Civil** (2002): art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Capítulo IV, da Subseção II, do Livro IV, dedicado exclusivamente à adoção, foi substancialmente revogado pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo-se os artigos 1.618⁷⁰ e 1.619⁷¹.

Na sequência, na Seção III do diploma, que trata sobre a suspensão e extinção do poder familiar, a adoção é citada no art. 1635⁷², IV, como uma das modalidades de extinção do poder familiar pretérito; e o art. 1638⁷³, V, prescreve a perda do poder familiar, por ato judicial, do pai ou da mãe que entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Analisando tais dispositivos, verifica-se que não há restrição à sexualidade dos adotantes ou, tampouco, menção à palavra “homossexual” no decorrer do Código Civil.

Deve-se, de outro lado, recordar que a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, conhecida como ‘Estatuto da Criança e do Adolescente’, diploma legal que visa a proteção integral do menor, disciplina a adoção a partir de seu artigo 39, asseverando que a adoção é medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.⁷⁴ Isso importa dizer que, para que haja a adoção, seja por casais heterossexuais ou homossexuais, todas as formas de manutenção do menor no seio de sua família natural ou extensa restaram esgotadas; ou em outras palavras, o menor não tem atendido seus interesses básicos e essenciais. Quando isso ocorre, há a destituição do poder familiar anterior e o menor é encaminhado à adoção.

O art. 42 do ECA dispõe acerca daqueles que detêm legitimidade para requer a adoção, veja-se:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

⁷⁰BRASIL, **Código Civil** (2002): art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷¹BRASIL, **Código Civil** (2002): art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente

⁷²BRASIL, **Código Civil** (2002): art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: IV - pela adoção;

⁷³BRASIL, **Código Civil** (2002): art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

⁷⁴BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente [ECA]. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm>. Acesso em 08.ago.2018.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Nota-se pela leitura do artigo supra, que não há fatores impeditivos para adotantes homossexuais, vez que a orientação sexual daquele que pleiteia uma adoção não é agente condicionante, tampouco é considerada pelo legislador. Em verdade, a legislação sequer menciona a sexualidade daqueles legitimados a realização da adoção.

Ainda, não se pode olvidar que no processo de adoção, para seu deferimento, devem ser verificadas as melhores condições de atendimento aos interesses do adotando, tal como preconiza o artigo 43 do ECA⁷⁵, ao afirmar que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Ou seja, o deferimento do pedido de adoção deverá ser observado através do melhor interesse da criança e/ou adolescente e não como exclusivamente interesse do adotante.

Com advento do Estatuto da Criança e do Adolescente houve o impulsionamento da discussão sobre o conceito de família, de modo qual, atualmente, possibilitou transformações no Direito de Família como reflexo das relações sociais, dando origem à conceituação de “entidades familiares”, importando no reconhecimento de toda a pluralidade que o termo traz consigo.

Desta maneira, a ausência de texto normativo que trate de forma expressa sobre os direitos de homossexuais não pode servir como entrave ou sustentáculo à não concessão e/ou reconhecimento de tais direitos, de forma equânime e igualitária como ocorre com pessoas heterossexuais. Ao contrário, verifica-se a necessidade de

⁷⁵BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]: art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

uma interpretação ampla dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, do direito à família, à felicidade, adequando todo o sistema jurídico de modo a garantir aos LGBTTI os mesmos direitos que são garantidos às pessoas heterossexuais.

4. FILIAÇÃO E HOMOAFETIVIDADE

Muitos ainda são os estigmas que cercam as relações familiares homoafetivas. Isso se dá em decorrência do preconceito enraizado na sociedade, que tende a rechaçar tudo aquilo que foge da “normalidade”, que se entende como aquela família constituída a partir de união de um homem e uma mulher. Cerqueira-Santos e Santana afirmam que, com este fato, verifica-se que mesmo com os avanços no âmbito social e político, referente às conjugalidades e parentalidades de pessoas do mesmo sexo, revelam-se desafios que ainda suscitam questionamentos cobertos de preconceitos, crenças negativas e arraigadas que contribuem para julgamentos discriminatórios e conservadores acerca dos novos arranjos familiares.⁷⁶

A temática ganha maior relevo quando envolve a ideia de filiação por pessoas do mesmo sexo, pois até mesmo aqueles que aceitam as relações homossexuais, às vezes, não conseguem “aceitar” ou não acreditam que pessoas do mesmo sexo unidas em uma formação familiar possam proporcionar o mesmo desenvolvimento a uma criança que um casal heterossexual, o que remete a uma visão arcaica extremamente atrelada a um sistema heteronormativo de composição social, revelando uma sociedade preconceituosa e discriminatória.

Maria Berenice Dias defende que, neste cenário, é preciso impor a desconstrução e a edificação de um novo senso comum, baseando-se num conhecimento emancipatório e uma nova compreensão da realidade.⁷⁷ Neste mesmo sentido são as palavras de Ana Maria Louzada:

O modelo familiar hoje é o da família eudemonista, no qual cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, independentemente de sua orientação sexual. Pautar direitos tendo como parâmetro o sexo a quem é destinado nosso afeto é perverso e injusto.⁷⁸

⁷⁶ CERQUEIRA-SANTOS, Elder; SANTANA, Geovanna. **Adoção homoparental e preconceito: crenças de estudantes de direito e serviço social**. Temas Psicologia. Ribeirão Preto, v. 23, n. 4, p. 873-885, dez. 2015. Disponível em:

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2015000400007&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 13 nov. 2018.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & e a Justiça**. Op. Cit. p. 160.

⁷⁸ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução no conceito de Família. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.271.

O direito à filiação, biológica ou afetiva, está ligado à própria ideia de dignidade da pessoa humana, de realização pessoal. Trata-se de uma busca pela felicidade. Sendo assim, revela-se como um direito personalíssimo, inalienável, indisponível, passível de proteção estatal.⁷⁹ Porém, quando envolve pessoas homossexuais, o direito à filiação gera inúmeras polêmicas que se encontram norteadas por vários estigmas, dificultando o reconhecimento jurídico destas relações familiares, o que por sua vez se afasta do melhor interesse da criança e/ou adolescente defendido na própria Constituição Federal e no atual Estatuto da Criança e Adolescente.

Deve-se recordar, no entanto, que Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e/ou Transexuais podem exercer a maternidade/paternidade de inúmeras maneiras, seja por adoção – isolada ou conjunta, inseminação assistida, filiação biológica ou afetiva, enfim, há vários caminhos de se concretizar a filiação. Tais situações são fatos concretos na sociedade, impõem-se ao direito, fazendo necessário que o direito se modifique a todo instante para “dar conta” desta realidade.

Todavia, o objeto deste trabalho é a filiação através do instituto da adoção conjunta por casais homossexuais que, em que pese seja possível no direito brasileiro, ainda encontra polêmicas preconceituosas e discriminatórias que não só ferem direitos da população LGBTTI como atingem as crianças e adolescentes ao lhes restringirem o direito à família substituta, afeto, proteção, ou nas palavras do texto legal “seu melhor interesse”.

4.1 PRINCIPAL BARREIRA: O PRECONCEITO.

Já dizia o filósofo Voltaire (1694-1778): “O preconceito é uma opinião não submetida à razão.”⁸⁰ Neste sentido é a definição adotada pelo Dicionário Aurélio: “1. Ideia ou conceito formado antecipadamente e sem fundamento sério ou imparcial”; “2. Opinião desfavorável que não é baseada em dados objetivos.”; “3. Estado de abuso, de cegueira moral.”⁸¹

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & e a Justiça**. Op. Cit. p. 161

⁸⁰ VOLTAIRE (1694-1778). Apud. RODRIGUES, José Paz. Voltaire e a Declaração dos Direitos Humanos. 2017. Disponível em <http://pgl.gal/voltaire-declaracao-dos-direitos-humanos/> acesso em 22 de out. 2018.

⁸¹ FERREIRA, A. B. H. Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/preconceito>. Acesso em 22 de out. 2018.

Apesar de muito forte e essencialmente enraizado nas pessoas, o preconceito que ataca a homossexualidade nem sempre existiu, como bem faz recordar Paulo Roberto Vecchiatti: “A homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade. Acompanha a história da humanidade e, sempre foi tolerada. É uma realidade que sempre existiu, e em toda parte, desde as origens da história humana.”⁸² Isso porque, conforme corrobora Maria Berenice Dias, nas duas grandes civilizações antigas (Grécia e Roma), a homossexualidade sempre foi amplamente aceita.⁸³

As transformações nos costumes e nos códigos sociais, diferenças geografias e temporais, foram fatores condicionantes para a resignificação do “homossexual”. “As restrições até hoje impostas às uniões homoafetivas dizem mais com sua externalidade, ou seja, é alvo de rechaço o comportamento homossexual, sua conjugalidade, muito mais do que sua prática.”⁸⁴

Diante de uma sociedade preponderantemente heteronormativa e construída com valores ortodoxos, com forte influência religiosa, que defende o matrimônio entre homem e mulher como fonte originária de família, foram pouquíssimos os avanços nos direitos homoafetivos. Conduta evidenciada na omissão do Legislador⁸⁵, ao passo que até os dias atuais não há nenhuma lei que assegure algum direito a pessoas homossexuais, fazendo necessário que o judiciário faça uma ampla análise dos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais diante dos quadros apresentados pela realidade social.

Joelson Alves da Silva, Aline Maria Barbosa Domício Sousa e Juliana Fernandes-Eloi buscam identificar e discutir preconceitos relativos ao contexto da adoção e das práticas da homoparentalidade⁸⁶ no cenário nacional, usando como fonte artigos publicados nas bases de dados da SciELO e PePESIC no período de

⁸² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense. 2012.p. 41.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & e a Justiça**. Op. Cit. p.31

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ “De forma pra lá de injustificável, a evidenciar postura discriminatória e preconceituosa, enorme é a resistência em aprovar qualquer projeto de Lei que enlace as uniões de pessoas do mesmo sexo no sistema jurídico. (...) Forças conservadoras tomaram conta do Congresso Nacional. Lideram bancadas fundamentalistas de natureza religiosa que são cada vez mais numerosas. As igrejas evangélicas se juntam como os católicos, os protestantes e com conservadores de plantão. Assim não há a mínima chance de ser assegurado aos homossexuais o direito de serem respeitados.” Ibidem. p.71

⁸⁶ SILVA, Joelson Alves da. SOUSA, Aline M. Barbosa Domício. FERNANDES-ELOI, Juliana. **Homoparentalidade no Contexto da Adoção e das Práticas Parentais: uma revisão sistemática**. Pensando Famílias. 2017. Disponível em <:http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v21n2/v21n2a06.pdf> Acesso em 15 de abr. 2018.

2006 a 2015⁸⁷. Tal pesquisa demonstrou que em 2015 houve aumento nas pesquisas científicas sobre homoparentalidade, porém quase nada sobre a adoção homoparental⁸⁸.

Como resultado deste estudo, observou-se que o preconceito contra a adoção homoparental ainda é uma realidade intensa. Isso porque, conforme indicam os pesquisadores, “são utilizados argumentos depreciativos, onde colocam a margem a capacidade de casais gays de educarem filhos e constituírem família, o que incorre a crenças limitadoras e discursos estigmatizantes”.⁸⁹ E complementam:

(...) Apesar do volume de informações e discussões que transitam em diversos meios de comunicação, e que contribuem para a visibilidade das famílias homossexuais e homoparentais na contemporaneidade, as pesquisas mostram que os estudos sobre adoção homoparental ainda são escassos e limitados, onde revelam desconhecimentos e posturas estereotipadas, o que culmina na geração e manutenção de preconceitos e estigmas.

É de se concluir, portanto, que o preconceito é uma visão estereotipada, viciada por estigmas negativos que justificam a falta de avanços no reconhecimento dos direitos homoafetivos, evidenciando a repulsa às relações que fogem à “normalidade” aceita socialmente.

4.2. A DESCONSTRUÇÃO DO PRECONCEITO: O DIREITO À IGUALDADE.

O preconceito é decorrente da ignorância sobre determinado assunto, baseia-se em senso comum, que, como bem pontuado por Roberto Rocha, revela-se como “inimigo capital da Ciência e de uma Nação que, em tese, é democrática e justa”.⁹⁰

Quando se trata de pessoas de orientação sexual homossexual, é comum se verificarem discursos que os menosprezam, discursos que imprimem a ideia de que

⁸⁷ “A pesquisa que compõe este estudo foi realizada na Biblioteca Virtual em Saúde (BVS Psi - Brasil), que reúne acervo de revistas eletrônicas em saúde, referência em produções e publicações científicas. Foram escolhidas as seguintes bases de dados para a busca dos artigos: *Scientific Eletronic Library Online* – SciELO e Periódico Eletrônico de Psicologia – PePSIC.” p.63

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ SILVA, Joelson Alves da. SOUSA, Aline Maria Barbosa Domício. FERNANDES-ELOI, Juliana. **Homoparentalidade no Contexto da Adoção e das Práticas Parentais: uma revisão sistemática**. Op. Cit. p. 66

⁹⁰ ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, Direitos Humanos e Homoafetividade. In. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v.102, jan./dez.2007, p. 715-759. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67776-89206-1-pb.pdf>>. Acesso em 08 set. 2018. p.05

somente a heterossexualidade é a forma “correta” de relacionamento físico, amoroso ou sexual entre os indivíduos. Ocorre que não há uma forma correta ou errada de se relacionar, o que existe são pessoas que nascem diferentes, que tendem a ter desejo sexual pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo, e devem ser respeitadas por suas diferenças.

O primeiro grande passo para a eliminação do preconceito é a superação da ideia de que a homossexualidade é uma doença ou anomalia. Para além da crença religiosa, disseminada pela cultura judaico-cristã e muçulmana, sobretudo após a queda do Império Romano e declínio da cultura helênica, de que a homossexualidade é prática pecaminosa, passível de castigos severos, conforme informam Irene Rodrigues e Cíntia Regina Béo, há a crença de que a homossexualidade é a manifestação de uma patologia, transtorno psiquiátrico⁹¹.

Esse ideário de que a homossexualidade é a manifestação de um algum transtorno psiquiátrico é um grande equívoco, pois, conforme indica Roberto Rocha, a homossexualidade não importa em nenhum prejuízo ao “raciocínio, [à] estabilidade, confiabilidade ou aptidões sociais e vocacionais” da pessoa⁹².

Após anos de luta e pesquisas voltadas a entender a homossexualidade, o Conselho Federal de Medicina, em 1985, e a Organização Mundial de Saúde, em 1994, a excluíram da classificação internacional de doenças⁹³. Na mesma toada, ainda conforme informa Roberto Rocha, o Conselho Federal de Psicologia, em 1999, por meio da Resolução CFP nº 01/99, proibiu a oferta de tratamentos voltados à cura e tratamento da homossexualidade, isso porque a sexualidade é parte integrante do ser enquanto ser, constitui sua natureza humana:

(...) a forma como cada um vive sua sexualidade az parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade, e que a Psicologia pode e deve contribuir com o seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações (...). Querer curar ou modificar um homossexual é, portanto, prática baseada em inadmissível ignorância, constituindo-se verdadeira violência à natureza humana.⁹⁴

⁹¹ RODRIGUES, Irene. BÉO, Cíntia Regina. União homoafetiva: aspectos civis e constitucionais. In. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, 2004. p. 661-680. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v99i0p661-680>>. Acesso em 07 set. 2018. p.3

⁹² ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, Direitos Humanos e Homoafetividade. Op. Cit.

⁹³ Idem.

⁹⁴ ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, Direitos Humanos e Homoafetividade. Op. Cit. p.06

Portanto, deve-se entender que a sexualidade é uma condição e não uma escolha pessoal.⁹⁵ Assim como a heterossexualidade, a homossexualidade não é uma opção que a pessoa pode, de forma deliberada, adotar. Neste ponto, relevante a transcrição das palavras de Roberto Rocha:

Outra questão que se coloca em relação à terminologia e que tem causado bastante confusão é o termo “opção sexual”, o qual entendemos não ser o mais apropriado, uma vez que a homossexualidade em geral não é uma escolha. Do mesmo modo que ninguém escolher ser heterossexual e apenas se percebe desejando o outro sexo, gays e lésbicas se descobrem do jeito que são em algum momento de suas vidas. Jamais, de um dia para outro, escolhem mudar seus desejos e afetos⁹⁶.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, defronte com o tema, já se manifestou que é importante deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida, que não viola qualquer norma jurídica nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros.⁹⁷

Nesta seara, independente da orientação sexual, todos são iguais enquanto pessoas e, conforme já abordado no capítulo que trata sobre o reconhecimento do direitos constitucionais, o direito à igualdade é um dos pilares da Constituição Pátria, que veda toda e qualquer forma de discriminação.⁹⁸

Em que pese a Constituição Federal impor um sistema de normas voltados à concretização do dignidade da pessoa humana – bem como daquilo que dela decorre, como a igualdade, autonomia da vontade, e etc. -, é papel da legislação infraconstitucional o encargo de dar regulamentação prática às diretrizes, princípios e normas constitucionais.

Neste sentido, é importante fortalecer o incremento de iniciativas legislativas que visem concretizar os direitos Homoafetivos, tal como ocorre com a proposta da

⁹⁵ “Ao longo do tempo, volta e meia surgem técnicas diversas e diferentes métodos oferecendo tratamento aos chamados “desvios da sexualidade”. No que diz com a normalidade ou a patologia dos distúrbios do gênero, o tema vem sendo discutido na área da Medicina, em particular no campo da Genética. Também desperta o interesse da Psicologia, da Psiquiatria e da Psicanálise.” DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 2011. p. 42.

⁹⁶ ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, Direitos Humanos e Homoafetividade. Op. Cit. p.07

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf)>. Acesso em 20 de out. 2018.

⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal.

Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil, que propôs um anteprojeto de Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero.⁹⁹

Tal projeto, na expressão de Maria Berenice Dias, “assegura os direitos que vem sendo reconhecidos pelo Poder Judiciário, criminaliza a homofobia, estabelece políticas públicas e propõe a alteração da legislação infraconstitucional. As emendas constitucionais propostas pela OAB já se encontram em tramitação no Congresso Nacional.”¹⁰⁰

No entanto, o Anteprojeto de Estatuto da Diversidade sexual e Gênero é apenas uma das várias tentativas em aprovar lei infraconstitucional que resguarde os direitos das pessoas homossexuais¹⁰¹. Ainda há sólida resistência neste sentido, evidenciando postura discriminatória e preconceituosa dos legisladores.¹⁰²

Em paralelo com o direito ao tratamento igualitário entre pessoas de orientação heterossexual ou homossexual, tem-se o direito ao tratamento igualitário entre os filhos de casais homoafetivos, que sofrem brutalmente com o preconceito social e tratamento discriminatório quando em comparação com filhos de casais heteroafetivos.

Como recorda Ana Carla Harmatiuk Matos, no Código Civil de 1916 a família era constituída pelo matrimônio, de modo que apenas se legitimavam os filhos oriundos desta união. Aqueles tidos fora do casamento eram chamados de “ilegítimos” pela ausência de vínculo formalmente constituído de seus pais.¹⁰³

O atual Código Civil trouxe o tratamento igualitário entre os filhos em seu art. 1.596 ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações

⁹⁹ O inteiro teor do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero pode ser consultado em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7302364&disposition=inline>. Acesso em 27 de out.18.

¹⁰⁰ Dias, Maria Berenice. **A homofobia e a omissão do legislador**. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_612\)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso em 27.10.18

¹⁰¹ O mais antigo e conhecido dos projetos de lei foi proposto pela Deputada Marta Suplicy que buscou regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. O parecer favorável da Comissão Especial do Congresso é data em 1996, desde 2001 tenta-se inclui-lo em pauta, porém foi retirado inúmeras vezes e atualmente o projeto se encontra arquivado. Outros vários projetos, a título de exemplo, podem ser consultados em “**União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**” de **Maria Berenice Dias**. 2011. p. 70-74.

¹⁰² Dias, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. Op. Cit. p. 70

¹⁰³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade**. Crítica Jurídica, v.24. 2005. p.157.

discriminatórias relativas à filiação”, alinhando-se ao contido no art. 227, § 6º, da Constituição Federal¹⁰⁴.

No entanto, embora a Constituição caminhe no sentido de garantir a não discriminação por questões relativas à filiação, a realidade ainda se mostra bastante perversa. Isso porque, a discriminação em relação à filiação, quando se fala daquelas filhos de casais homoafetivos, extrapola a relação intrafamiliar e manifesta-se no exterior, na sociedade, na qual crianças e adolescentes enquanto partes de uma família homoparental, sofrem tratamentos discriminatório por serem filhos de quem são. Ana Carla afirma que, “trata-se de mais uma hipótese onde se pode verificar que tendo em vista fatores ligados a uma pretensa moral, são os filhos quem são penalizados por se encontrarem fora dos padrões tido como normais.”¹⁰⁵

Ainda nas palavras de Ana Carla Harmatiuk Matos:

(...) Se no passado os filhos nascidos for do casamento eram uma realidade que o direito não desejava desvelar, dado estar todo o sistema edificado para tutelar a família legítima, hoje, já vencidas as barreiras do Direito de Família voltado exclusivamente para o matrimônio, outro valor insiste em se manter, qual seja, o hétero-patriarcalismo.

Desse modo, tem-se que o princípio da igualdade entre os filhos ainda não se concretiza em toda a sua potencialidade, quando enfocada a família homossexual. Ainda há distinções de tratamento entre crianças, oriundas da falta de sintonia entre sua realidade e os padrões sociais dominantes, tidos como os normais. Num passado próximo, os filhos então chamados de ilegítimos sofriam estigma social e jurídico; da mesma forma, a filiação de homossexuais é, atualmente, a categoria a desejar o paritário tratamento do Direito¹⁰⁶.

Destarte, no que tange a adoção, é importante enfatizar que o direito à igualdade não é só uma prerrogativa dos candidatos a pais adotivos, mas principalmente das crianças e adolescentes que almejam pelo acolhimento de uma família substituta. Assim, uma importante arma contra o preconceito é o reconhecimento da igualdade no seu mais amplo significado.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição Federal. art. 227, § 6º. 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.

¹⁰⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade**. Op. Cit. p.159.

¹⁰⁶ Ibidem. p.157

5. ADOÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Até aqui, este trabalho buscou demonstrar qual é o contexto social e jurídico que envolve a temática da adoção por casais homoafetivos. Neste capítulo, por sua vez, se tratará da adoção propriamente dita e a sua real possibilidade por pares homoafetivos.

No entanto, antes de se adentrar na temática é importante conceituar o que é e quais os critérios do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Pontes de Miranda, a adoção é “ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação.”¹⁰⁷

Para Caio Mário da Silva Pereira, a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou de afinidade.”¹⁰⁸

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como meio de instruir os interessados no processo de adoção, fez constar em seu sítio eletrônico a seguinte nota:

A adoção é entendida como um direito da criança ou adolescente que perdeu a proteção e o amparo de seus pais biológicos. É um processo que necessita de aperfeiçoamento contínuo em todas as suas etapas, demanda estudo, troca de ideias e de experiências. É importante lembrar que a adoção não é a última maneira de se ter um filho, mas sim, outra forma de exercer a paternidade/maternidade. A adoção pode ser realizada por casais hétéros ou homoafetivos, e também, pelos solteiros.¹⁰⁹

O instituto da adoção está disposto no art. 277, § 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.” Sua regulamentação infraconstitucional está disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Capítulo III, Seção III, trata da ‘Família Substituta’, discorrendo entre os artigos 28 e 32 acerca das condições que se dará a submissão à família substituta.

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Mas Limonad Editor, 1947. v. III, p.177.

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 392.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Entenda como funciona o processo de adoção**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/10909388>. Acesso em 20 de out. 18.

O procedimento de adoção está disposto no Capítulo III, Seção III, Subseção IV, a partir do art. 39, o qual, conforme já se demonstrou acima, afirma que a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa¹¹⁰, redação esta conferida pela Lei nº 12.010, de 2009.

O art. 41 do ECA informa que a adoção é o meio “atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmo direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”¹¹¹

São condições do processo de adoção: a) o adotante precisa ser maior de 18 anos, independente do estado civil¹¹²; b) não é permitido adotar os ascendentes e os irmãos do adotando; c) em caso de adoção conjunta, é indispensável que os adotantes seja casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família¹¹³; d) o adotante deve ser, no mínimo, 16 anos mais velho que o adotado; e) os divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros podem adotar em conjunto desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

O vínculo da adoção será constituído por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado.¹¹⁴ Essa sentença produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado¹¹⁵, sendo o prazo de conclusão do processo de adoção de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogável por igual prazo, mediante decisão fundamentada da autoridade judicial¹¹⁶.

¹¹⁰ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]. art. 39, §1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

¹¹¹ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]. Art. 41.

¹¹² BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]. A interpretação do artigo 42 possibilita a adoção unilateral e, conseqüentemente, a adoção unilateral por homossexual. Ao passo que não traz de forma expressa nenhuma restrição quanto à orientação sexual do candidato à adoção.

¹¹³ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]. art. 42, § 2º. Este parágrafo do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente foi, por muito tempo, o dispositivo impeditivo da adoção conjunta por casais de homossexuais. Uma vez que o reconhecimento da união estável somente ocorreu com o julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277 em 05 de maio de 2011.

¹¹⁴ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]. Art. 47.

¹¹⁵ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA]. Art. 47

¹¹⁶ Idem.

Conforme observado, e já exposto no alhures, o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz restrição (ou mesmo menção) à orientação sexual do adotante.

Com o reconhecimento da união estável de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros, Intersexuais e mais, através do julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e ADI 4277, casais homossexuais passaram a atender à exigência do art. 42, § 2º do ECA, o qual dispõe que para a adoção conjunta há necessidade que os adotantes sejam casados ou vivam em união estável reconhecida.

Neste sentido, ao reconhecer a união estável homoafetiva como digna de tutela jurídica, o Ministro Ayres Britto entende que a mesma lógica deve ser aplicada à adoção por pessoas do mesmo sexo, vez que o texto constitucional não faz distinção quanto à orientação sexual do adotante ou no que se refere ao seu estado civil, tal como já demonstrou acima. Este, por sua vez, já era o entendimento da jurisprudência ordinária, conforme excerto a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO¹¹⁷.

Verifica-se assim que o reconhecimento jurídico da adoção por casais homoafetivos se fez necessário, para atender: i) o direito de casais do mesmo sexo terem sua realidade reconhecida, constituindo família fora da clandestinidade, como fator do próprio ideal de dignidade da pessoa humana, possibilitando sua realização pessoal; e, ii) o melhor interesse da criança e adolescente, ao passo que lhes proporcionam o acolhimento numa família que poderá conceder afeto, saúde, educação, para um desenvolvimento saudável e, principalmente, atender a concretização de direitos inerentes à filiação.

¹¹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 5824999 PR 0582499-9, 11ª Câmara Cível Relator Des. Mendonça de Anunciação, Data de Julgamento: 17/03/2010.

5.1. DO DIREITO À FAMÍLIA SUBSTITUTA INDEPENDENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS PAIS.

O reconhecimento de direitos homoafetivos é algo que já faz parte da realidade. Ainda que em passos vagarosos, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência caminham no entendimento de equidade entre pessoas de orientação sexual homossexual e heterossexual. Porém, ainda há muita resistência e preconceito ao se concretizarem estes direitos.

Quando se fala em filiação por casais homossexuais surgem inúmeros estigmas negativos, sobretudo aquele que coloca em xeque a capacidade de pessoas de orientação homossexual serem responsáveis pela criação e desenvolvimento de uma criança – ou, em última análise, a capacidade de serem pais e mães. Entre vários argumentos, desprovidos de bases científicas, tem-se que o ideário de que a ausência de referencial masculino ou feminino pode acarretar prejuízo ao desenvolvimento da criança ou adolescente, ou ainda, que crianças criadas por pais homossexuais tendem a ser homossexuais quando adultas¹¹⁸.

O que se observa, são argumentos baseados numa falsa moralidade, pois não há no campo da psicologia ou psicanálise estudos que comprovem haver qualquer tipo de prejuízo a crianças e adolescentes que cresçam numa família homossexual. O que, conforme pontua Ana Carla Matos, “(...) reforça o argumento de que a negativa da adoção por casais homossexuais funda-se no preconceito tão combatido pela nossa Lei Maior”¹¹⁹

Assim, fatores preconcebidos devem ser afastados para que se concretize o ideal de família substituta, pautado no melhor interesse da criança e ou adolescente. Pois, se de um lado busca-se o direito do adotante homossexual de adotar e realizar o sonho da paternidade/maternidade, do outro tem-se o direito fundamental da criança

¹¹⁸ “Neste aspecto, torna-se imperioso afirmar que nenhuma pesquisa médica ou psicológica obteve êxito em comprovar que a homossexualidade dos pais é fato suficiente o bastante para determinar a sexualidade dos filhos. Isto é bastante evidente no fato de serem os adultos homossexuais, na sua grande maioria, filhos de pais heterossexuais, tendo convivido desde tenra idade em ambiente familiar e social onde imperaram os modelos de relacionamento heterossexuais.” GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 152.

¹¹⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. In. Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. (Org.) Manual do direito Homoafetivo. 1.ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 289

e/ou adolescente em crescer num ambiente que lhe proporcione desenvolvimento saudável.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu art. 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, sendo-lhes asseguradas, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade¹²⁰.

O texto constitucional, por sua vez, também concede especial proteção da criança ao dispor em seu art. 277 que é um dever da família, da sociedade e do Estado garantir-lhe os direitos essenciais ao seu desenvolvimento, tais como a educação, lazer, saúde, dignidade, entre outros. Neste sentido são os ensinamentos Ana Carla H. Matos:

(...) É dizer, em outros termos, que o núcleo familiar representa para a criança e o adolescente a porta de entrada para tantos outros direitos fundamentais, elencados no Texto da Constituição, daí sua relevância ímpar. Impedir as crianças que aguardam colocação em família substituta de ter pais ou mães porque homossexuais é, e grande medida, vedar-lhes o acesso aos direitos fundamentais e mesmo a efetivação de sua dignidade. Por isso, defende-se claramente o direito de o “casal homossexual” concretizar o projeto de um filho, mas antes e acima de tudo postula-se pelo superior direito fundamental da criança e do adolescente a “convivência familiar”, onde possam estar a salvo de “toda forma de negligência”, recebendo além de carinho e afeto, acesso à educação, ao lazer, à saúde, à profissionalização e à dignidade.”¹²¹

E Complementa:

(...) mais do que estar inserido em uma família, o direito à convivência familiar implica a existência de uma série de circunstâncias que facultam à criança e ao adolescente um desenvolvimento saudável desde a fase infantil. Isso implica a percepção, pela própria criança, de que dispõe de um espaço onde encontra e recebe atenção, cuidado, afeto, e na compreensão de que existem pessoas que dela se ocupam e zelam por seu crescimento, proporcionando uma sensação de segurança quanto a seu futuro. Esse referencial é a base que dá sustentáculo para um crescimento saudável.¹²²

Assim, verifica-se que a inserção em uma família substituta é uma forma de garantir a efetiva concretização do melhor interesse da criança/adolescente, pois é um direito superior fundamental do infante.

¹²⁰ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** [ECA].

¹²¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. Op. Cit. p. 286

¹²² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. Op. Cit. p.293

5.2. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E/OU ADOLESCENTE E O CRESCIMENTO COM ACOLHIMENTO E AMOR.

Conforma já se expos, as relações de adoção devem, para além de tender o desejo de paternidade/maternidade, serem interpretadas como instrumento de efetivação do melhor interesse da criança e/o adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente consolidou-se com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, que surgiu no sistema brasileiro como “uma lei que incorpora oportunidade de viabilidade de uma práxis transformadora, de inserção social, de superações da exclusão social, ou seja, da exclusão dos direitos mais fundamentais do ser humano criança-adolescente.”¹²³

O princípio do melhor interesse da criança-adolescente é tão importante que rege todas as relações em que um infante seja parte, principalmente na adoção. Neste esteio, leciona Fabiana Marion Spengler:

Sobretudo, é possível afirmar que o princípio do melhor interesse da criança representou uma grande evolução no direito brasileiro, uma vez que pode ser considerado como uma importante mudança de eixo nas relações paterno-filiais, na qual o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativa aos demais integrantes da família que ele participa.¹²⁴

Na expressão de Ana Carla H. Matos e Ligia Ziggotti de Oliveira:

(...) é preciso compreender o instituto da adoção como instrumento garantidor dos melhores interesses da criança e adolescente, porquanto permite conferir uma família substituta à criança abrigada. Toda interpretação, nesse tema, há que se subordinar a este princípio norteador, vez que todas as demais garantias vão escoar em seu leito. O atendimento deste princípio, por múltiplas interpretações que se lhe queiram atribuir, não fica afivelado à colocação em uma família tradicional. Estes grilhões foram rompidos pela Constituição Federal que, abrigando o afeto, abriu a possibilidade de se constituir uma pluralidade de entidades familiares. Em apoio, os estudiosos da psicologia apontaram as reais vantagens para a criança e adolescente que recebem um tratamento personalizado, seja por um pai/mãe individual, hétero ou homossexual, de variadas idades e etnias.¹²⁵

¹²³ SAUT, Roberto Diniz. **O novo direito da criança e do adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau : Edifurb, 2008. p. 67.

¹²⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Homoparentalidade e filiação**. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011. p. 353

¹²⁵ MATOS, Ana Carla H. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. **O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 12, 2012. p. 295

Verifica-se, assim, que o princípio do melhor interesse da criança no instituto da adoção deve ser observado com a finalidade de proporcionar ao infante o acolhimento em família substituta que possa lhe garantir todos os direitos fundamentais ao seu desenvolvimento, e não como instrumento de discriminação pela sexualidade do potencial pai/mãe adotivo. Reiterando as palavras de Ana Carla H. Matos, “o que deve importar são as características pessoais dos pais (ou candidato à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocionais e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigida pelo universo da paternidade e maternidade.”¹²⁶

Neste cenário, parece correto afirmar que o melhor interesse da criança está satisfatoriamente atendido quando, independente do formato de família, há o acolhimento da criança e/ou adolescente em um lar que lhe proporcione afeto, o crescimento com amor e dignidade, tal como já pontuado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça:

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

(...) 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos

biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens

para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido¹²⁷.

¹²⁶ MATOS, Ana Carla. **Filiação e Homoafetividade**. Op. Cit. p.263-264.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 889852/RS, Quarta Turma. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10/08/2010.

Assim, não se pode aceitar que o preconceito seja usado como fundamento para não aceitação da adoção por casais homoafetivos, pois desta forma, ao invés de proteger o infante, proporcionando-lhe seu melhor interesse, acaba-se por prejudicá-lo.

6. ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Importante frisar que o estudo de jurisprudência no âmbito do Direito de Família acaba por ser limitado em razão de que a tramitação dos processos se dá em segredo de justiça.

No entanto, pelo estudo realizado verificou-se que a jurisprudência pátria vem apresentando julgados coerentes com os argumentos expostos neste trabalho, ao passo que vem sendo admitida a adoção por casais homoafetivos, bastando que o adotante demonstre possuir condições de garantir o melhor interesse do adotando.

Anteriormente ao julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunais de vários estados já vinham concedendo a adoção a casais homoafetivos, por meio da aplicação analógica do art. 1.723 do Código Civil às suas respectivas uniões estáveis. Para melhor ilustrar, pode-se citar como exemplo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que em decisão de Embargos Infringentes nº 70034811810, de Relatoria do Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, entendeu não haver qualquer base legal para o indeferimento da pretensão.¹²⁸ No mesmo Tribunal, tem-se ainda o julgamento do Recurso de Apelação nº 70031574833, de relatoria do Des. André Luiz Planella Villarinho, julgado em 2009.¹²⁹

¹²⁸ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70034811810. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos. Julgado em 13/08/2010. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70034811810%26num_processo%3D70034811810%26codEmenta%3D3845655++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70034811810&comarca=Santa%20Cruz%20do%20Sul&dtJulg=13/08/2010&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris > Acesso em: 23 out. 2018.

¹²⁹ “APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS O MESO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedente desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do §2º o art. 42 d ECA, com redação dada pela Lei 12.010/2009. APELAÇÃO PROVIDA.” (Segredo de Justiça) BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Recurso de Apelação nº 70031574833. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 14/10/2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70031574833%26num_pr

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, abordou o tema ao julgar o Recurso Especial nº 889852, cuja relatoria coube ao Ministro Luís Felipe Salomão, em 2010. A decisão trouxe a possibilidade da adoção homoafetiva com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de garantir o melhor interesse e o direito à convivência família, visto não haver qualquer óbice, seja legal ou empírico/científico, à criança em conviver com pais homossexuais. Nesta esteira reporta-se o seguinte ementado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida

que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido.¹³⁰

Assim observa-se que a jurisprudência já está bem inclinada à concessão do pedido de adoção conjunta por casais homoafetivos, sendo que o julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277, de relatoria do Min. Ayres Britto, veio com o intuito de fortalecer este direito, uma vez reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Além do julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277, que constitui importante precedente à possibilidade da adoção conjunta por pares homossexuais, o Supremo Tribunal Federal, em decisão consideravelmente recente (2015), reafirmou a possibilidade da adoção homoparental, vedando qualquer tipo de condição para sua efetivação¹³¹. Este caso, em síntese, referia-se a um casal homossexual masculino, que havia ingressado com pedido de habilitação conjunta para adoção. O juiz de primeiro grau foi favorável à adoção conjunta, porém estabeleceu condições como: a criança ser menina e maior de 10 (dez anos). O casal recorreu ao Tribunal de Justiça

¹³⁰BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 889852 RS 2006/0209137-4, Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - Data de Publicação: DJe 10/08/2010). Acórdão em inteiro teor disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=966556&num_registro=200602091374&data=20100810&formato=PDF acesso em 01 de out. 2018.

¹³¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 846102. Rel. Ministra Cármen Lúcia; Dje. 17.03.2015.

do Paraná que, por sua vez, entendeu que além de estarem aptos à habilitação conjunta, incabível a limitação quanto ao sexo e à a idade do adotando, em decorrência – exclusivamente – da orientação sexual dos adotantes. Inconformado com a decisão do TJPR, o Ministério Público do Paraná interpôs Recurso Extraordinário alegando ofensa ao art. 226, § 3º, da Constituição da República.¹³²

O Recurso Extraordinário foi jugado pela Ministra Cármen Lúcia, que manteve o entendimento do TJPR, e assim ementou o acórdão:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “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. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. (...) O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)¹³³.

Destarte, esta importante decisão do Supremo Tribunal Federal ressalta que as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo e são merecedoras de tutela jurídica. Uma vez reconhecido este direito, não há razão para limitar a adoção conjunta por pares homoafetivos, ou mesmo se permitir a criação de óbices totalmente desprovidos de base legal, seja pela Constituição Federal ou legislação ordinária, seja com base científica.

¹³² BRASIL, Constituição Federal. art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 846102. Rel. Ministra Cármen Lúcia; Dje. 17.03.2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retornando ao objetivo geral desta monografia, verificou-se que a adoção por casais homoafetivos é uma realidade já consumada no ordenamento jurídico brasileiro, como consequência de vários fatores, como a força dos movimentos sociais LGBTTI, a luta de juristas engajados na causa, mas, principalmente, pelo julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132/RJ em que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de uma interpretação constitucional do art. 1.723 do Código Civil de 2002, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar digna de tutela jurídica.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal possibilitou que, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça regulasse o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, com a publicação da Resolução nº 175.

Uma vez reconhecidos os direitos conjugais de casais homoafetivos, permitiu que essas pessoas passem a atender a integralidade dos requisitos instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial quando este exige que para adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, com o objetivo de comprovar a estabilidade da família

Não obstante essa vagarosa evolução, tanto no cenário cultural e político, a adoção conjunta por pares de pessoas do mesmo sexo ainda é um assunto cercado de estigmas que, muitas vezes, tendem a desqualificar pessoas homossexuais perante a maternidade/paternidade, como se estes não fossem capazes de proporcionar aos filhos, o mesmo desenvolvimento digno e saudável que um casal heterossexual.

Nota-se que esta resistência social em aceitar a externalidade das relações homossexuais acaba por refletir-se no Direito Brasileiro. Neste sentido, há a injustificável omissão do Poder Legislativo em aprovar leis que regulem e garantam direito aos gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, transgêneros, travestis e demais integrantes deste grupo. Deve-se ressaltar que a ausência de leis específicas que regulem estes direitos não legitimam sua inexistência, ao contrário, diante desta omissão faz-se necessário que o Poder Judiciário atue como garantidor desses direitos, norteando-se pelos princípios constitucionais constantes da Carta Magna de

1988, como os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, autonomia da vontade, afeto e respeito à diferença.

Além disso, se de um lado tem-se o direito de casais homossexuais de exercerem a maternidade/paternidade pela via da adoção, de outro, tem-se o direito das crianças e adolescentes, que vivem em abrigos e casas de acolhimento, a uma família substituta.

A inserção da criança e/ou adolescente numa família substituta deve ter como único objetivo lhe garantir o seu melhor interesse, ou na expressão da lei “sua proteção integral”, que consiste em colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, possibilitando-lhe o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, ou seja, o objetivo consiste em lhe proporcionar um desenvolvimento com dignidade, independente da orientação sexual dos potenciais adotantes.

Verificou-se, por fim, que a jurisprudência pátria vem se consolidando no sentido conceder a habilitação a adoção aos casais homoafetivos quando presente reais vantagens ao adotando, ou seja, desde que seu melhor interesse seja atendido satisfatoriamente, vedando a instituição de requisitos condicionantes como idade mínima da criança e/ou adolescente, restringindo a um gênero específico.

Neste sentido, foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 846102, datado em 05/03/2015 de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que a Corte Suprema reafirmou que as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidades familiares, com origem em vínculo afetivo e são merecedoras de tutela jurídica. Uma vez reconhecido este direito, não há razão para limitar a adoção conjunta por pares homoafetivos, quando a Constituição ou a legislação ordinária não o fazem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf)>. Acesso em 20 de out. 2018.

BARZOTTO, Luiz Fernando. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. Malheiros – Porto Alegre, 2009.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente [ECA]. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm>. Acesso em 08.ago.2018.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 889852 RS 2006/0209137-4, Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - Data de Publicação: DJe 10/08/2010).

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 5824999 PR 0582499-9, 11ª Câmara Cível Relator Des. Mendonça de Anunciação, Data de Julgamento: 17/03/2010.

_____, **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70034811810. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos. Julgado em 13/08/2010. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70034811810%26num_processo%3D70034811810%26codEm_enta%3D3845655++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70034811810&comarca=Santa%20Cruz%20do%20Sul&dtJulg=13/08/2010&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris > Acesso em: 23 out. 2018.

_____, Código Civil (1969). **Lei n 3.071, de 1º de janeiro 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 ago. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 889852/RS, Quarta Turma. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10/08/2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal** Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 05/05/2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal** Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Voto Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05/11/11.

_____. **Supremo Tribunal federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 03/02/2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3300%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocra ticas&url=http://tinyurl.com/ctmtqeb>> Acesso em: 11 Ago. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 4.277 e ADPF 132/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05/11/11. p. 35
BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário n. 846102. Rel. Ministra Cármen Lúcia; Dje. 17.03.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Entenda como funciona o processo de adoção.** Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/10909388>. Acesso em 20 de out. 18.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Recurso de Apelação nº 70013801592/2006. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70013801592%26num_processo%3D70013801592%26cod Ementa%3D1364607++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70013801592&comarca=Bag%C3%A9&dtJulg=05/04/2006&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris> Acesso em 19.set.2018.

CERQUEIRA-SANTOS, Elder; SANTANA, Geovanna. **Adoção homoparental e preconceito: crenças de estudantes de direito e serviço social.** Temas Psicologia. Ribeirão Preto, v. 23, n. 4, p. 873-885, dez. 2015 . Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2015000400007&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 13 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A homofobia e a omissão do legislador.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_612\)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador__rlatorio_azul.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador__rlatorio_azul.pdf)>. Acesso em 27.10.18

_____. **Manual de direito das famílias.** – 5ª ed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça.** 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Homoafetividade e o direito a diferença.** Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>> Acesso em 15 jun.18.

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

FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord) **Diversidade Sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

FERREIRA, A. B. H. Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/preconceito>>. Acesso em 22 de out. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco.** In. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito de Família e novo Código Civil.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução no conceito de Família. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord) **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MADALENO Rolf. **Curso de direito de família.** 6ª ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MATOS, Ana Carla H. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. **O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta.** Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 12, 2012

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta.** In. Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. (Org.) **Manual do direito Homoafetivo.** 1.ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

_____. **Filiação e Homossexualidade.** *Crítica Jurídica*, v.24. 2005. p.157.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Mas Limonad Editor, 1947. v. III.

NASCIMENTO, Adriana Nunes. SARKIS, Adriely Saraiva. TEIXEIRA, Diogo Gomes. SASSIM, Isabela Francez. **A possibilidade jurídica de união estável e adoção para casais homoafetivos à luz dos princípios da dignidade humana e isonomia.** Unama – Universidade da Amazônia. 2014.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito Civil: famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Thiago Munaro. **Princípios Constitucionais**. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, Direitos Humanos e Homoafetividade. In. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v.102, jan./dez.2007, p. 715-759. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67776-89206-1-pb.pdf>>. Acesso em 08 set. 2018.

RODRIGUES, Irene. BÉO, Cíntia Regina. União homoafetiva: aspectos civis e constitucionais. In. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, 2004. p. 661-680. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v99i0p661-680>>. Acesso em 07 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUT, Roberto Diniz. **O novo direito da criança e do adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau : Edifurb, 2008.

SILVA, Joelson Alves da. SOUSA, Aline M. Barbosa Domício. FERNANDES-ELOI, Juliana. **Homoparentalidade no Contexto da Adoção e das Práticas Parentais: uma revisão sistemática**. Pensando Famílias. 2017. Disponível em<:<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v21n2/v21n2a06.pdf>> Acesso em 15 de abr. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Homoparentalidade e filiação**. In. DIAS, Maria Berenice. (Coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**– 2. ed. – São Paulo; Atlas, 2012.