

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO/COGEAE
DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

FERNANDA MELZER

ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

**SÃO PAULO,
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO/COGEAE
DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

FERNANDA MELZER

ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação de Direito de Família e Sucessões, como requisito parcial para obtenção do título de especialista.

Orientadora: Dra. Raquel Laudanna Marinelli

**SÃO PAULO,
2016**

“Quem sou eu de ir contra a adoção de criança por casais homossexuais? Fui o primeiro juiz no Brasil a deferir uma sentença favorável à adoção de um menor para um casal homossexual. O que devemos nos importar, neste momento, é se o casal tem capacidade de oferecer carinho, amor e educação para os adotados. Ir contra essa realidade é ir a favor do preconceito e da falta de respeito com a humanidade”.¹

1 A declaração é do desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), Siro Darlan, que afirmou que a adoção por casais homossexuais deve ser tratada com normalidade, assim como a adoção por heterossexuais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, que esta sempre ao meu lado.

Agradeço à Marilucia Melo Meireles, sempre de grande valia e incentivadora desta minha etapa pessoal e profissional.

Agradeço à um de meus mestres, Exmo. Sr. Dr. Desembargador, do TJRGS, Antônio Carlos Netto Mangabeira, um exemplo de ética e amor pela profissão.

Dedico esse trabalho à minha família, que me apoia em tudo que faço e à quem tanto amo - meus filhos tão queridos Isabela, Eduarda, Francisco e meu marido Pedro, grande incentivador e parceiro nesta caminhada, pessoa muito generosa, e um grande exemplo para mim. À meus queridos pais, a base de tudo que sou, e pelos quais tenho uma admiração e amor profundo. Dedico ainda, à minha Avó Enilda Ciria Pinto, “in Memoriam” que fez com que o mundo do direito se abrisse diante meus olhos.

RESUMO

O Brasil possui milhares de crianças disponíveis para adoção. Visto que o Estado não consegue atender à essas crianças de maneira considerada ideal, o Estatuto da Criança e do Adolescente procurou facilitar o processo de adoção, bem como, aumentar a característica das pessoas que podem adotar. No entanto, mesmo com essas facilidades, vem à tona a legalidade da adoção por pares homossexuais. Desta forma, este estudo teve como objetivo buscar dentro da doutrina, da literatura, de julgados e de pareceres de psicólogos o posicionamento sobre a adoção destas crianças por casais homossexuais. Constatou-se que independente do posicionamento pessoal, a consideração de que a criança deva ter um lar independentemente da opção sexual dos adotantes é unanime em todas as esferas. Cabe então, repensar os aspectos positivos da adoção, e neutralizar o preconceito ainda existente em algumas decisões.

Palavras Chaves: Adoção. Casal Homossexual. Homossexualidade.

ABSTRACT

Brazil has thousands of children available for adoption. Since the state can not meet these children considered ideal way, the Statute of Children and Adolescents sought to facilitate the adoption process and increase the characteristic of people who can adopt. However, even with these facilities, comes up the legality of the adoption by homosexual couples. Thus, this study aimed to look into the doctrine, from literature, judged and seem psychologists positioning on the adoption of these children by homosexual couples. whether it was found that staff position, consideration of the child should have a home regardless of the sexual orientation of adopters is unanimous in all spheres. Then rethink the positive aspects of adoption, and neutralize the still existing prejudice in some decisions.

Key words: Adoption. Gay couple. Homosexuality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA	10
1.1 Origem e Histórico	10
1.2 Aspectos Jurídicos	15
CAPÍTULO 2- UNIÃO HOMOSSEXUAL	18
2.1 A interpretação do artigo 226, §§ 3o e 4o, da Constituição Federal	20
2.2 Sobre o Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo.....	22
2.3 Julgamento da ADPF 132 e o reconhecimento de alguns direitos a casais homoafetivos no Brasil	23
2.4 O casamento homoafetivo e a resolução nº 175 do conselho nacional de justiça	25
2.5 A união homoafetiva na jurisprudência	25
CAPÍTULO 3- ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS	28
3.1 Princípios Constitucionais	29
3.2 ECA	31
3.3 Adoção dos pares homossexuais	34
3.3.1- Aspectos Patrimoniais.....	37
3.3.2-Vínculo afetivo e as relações intrafamiliares	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

O direito é uma matéria que vive o desafio constante de se adequar as necessidades e tendências da sociedade. Ante os novos conceitos de família, a discussão sobre a adoção por casais homoafetivos, no âmbito jurídico brasileiro, não é mais novidade alguma.

A adoção por esses pares, tem tido grande relevância por se tratar de um assunto muito peculiar, de grande delicadeza e importância para a sociedade contemporânea, enquanto priorização dos direitos das crianças e adolescentes.

Mesmo com as diversas “evoluções” na concepção jurídica de família, ainda pairam aspectos vistos como dificuldades para que os casais homoafetivos tenham seus direitos assegurados como instituição familiar. Por um lado, busca-se preservar os direitos das crianças e adolescentes para que convivam em um ambiente harmonioso e feliz, por outro, tais casais travam longas batalhas judiciais, para provar e comprovar que são dignos de aumentar sua família pela adoção de um menor.

Apesar da lei procurar acabar com o preconceito frente às adoções por pessoas de igual sexo, o maior entrave que esses casais enfrentam ainda é o preconceito moral predominante, que tende a obstaculizar a adoção, ferindo, assim, vários direitos humanos, principalmente, o da igualdade.

Cada vez mais se torna exigível uma tutela jurídica que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução da relação denominada família.

A igualdade de direitos, mesmo reconhecendo-se as diferenças naturais e culturais de gênero; igualdade entre irmãos, seja biológica, seja adotiva ou havidos fora do casamento, com respeito a seus direitos fundamentais; o sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbado pelo prevailecimento de interesses patrimoniais, vem atingindo a repersonalização das relações familiares como direito da pessoa humana.

Diante desse princípio da Igualdade abordado acima, os casais homoafetivos devem ter o mesmo direito de um casal constituído por homem e mulher. O objetivo da adoção é dar um lar ao adotado, bem como satisfazer o desejo do casal em ter um filho que, muitas vezes, não é possível por métodos biológicos. Todavia, o que temos hoje é um sistema Brasileiro de adoções muito burocrático, deficiente e moroso, que inviabiliza o fim maior que é o bem-estar das crianças, e da família, trazendo assim, um cenário triste de abandono, com consequências sociais desastrosas.

Desta forma, a presente monografia visa caracterizar a adoção por casais homoafetivos e descrevê-las em sua importância, enquanto facilitadora para o restabelecimento das relações familiares, refletindo-se sobre os direitos desses casais, e ao mesmo tempo, das crianças e adolescentes.

Para tanto, estrutura-se o trabalho em três capítulos. No primeiro há um breve histórico da evolução da família, no segundo discorro sobre e a união dos casais homoafetivos. No terceiro capítulo, foca-se na adoção e sua evolução legislativa, bem como sua efetivação e viabilidade por casais homoafetivos; e a garantia dos direitos das crianças e adolescentes. A metodologia da pesquisa para a elaboração do texto conta com o apoio da legislação, da doutrina e da jurisprudência praticada no Brasil e encontrada em referencial bibliográfico.

Portanto, convida-se o leitor à uma profunda e importante reflexão quanto à necessidade de se garantir à casais do mesmo sexo, a adoção, tendo o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares.

CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA

Este capítulo traz em seu escopo uma breve discussão sobre a evolução do modelo de família. Seu objetivo é trazer embasamento do contexto que o objeto deste estudo está inserido, abrindo a compreensão para o debate dentro da contemporaneidade do assunto.

1.1 Origem e Histórico

Lopes² ao escrever sobre a história do direito faz menção às profundas transformações que a sociedade brasileira passou desde sua colonização. Dentre todas, o autor menciona o desafio de compreender a formação de família, que por muito tempo acreditou-se referir a uma composição patriarcal advinda do direito romano, e selada pela igreja. No entanto, essa família foi se modificando, e o padrão que temos hoje se distancia e muito daquele modelo considerado tradicional.

No que concerne à família, Silvio Rodrigues³ num conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. Num sentido mais estrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Já Maria Helena Diniz⁴ discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

2 LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na história. 3 ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2009

3 RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

4 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007 p.9.

As formas de família, que se apresentam na sociedade, sofreram inúmeras modificações no decorrer do tempo. Para que se chegue ao conceito eudemonista, adotado pela Constituição Federal de 1988, se faz necessário um breve comentário a respeito desta evolução.

Família eudemonista ou afetiva significa "*doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral*", o que a aproxima da afetividade⁵.

A família, hoje, pode ser vislumbrada como um centro na qual as pessoas se unem em função de vínculos afetivos. Nela, pais, mães, filhos e filhas, podem estar entrelaçados por sentimentos de amor, compreensão e ajuda mútua, além dela servir de referência para a formação da personalidade dos filhos. É no ambiente familiar que seus componentes buscam apoio e sentido para sua existência, frente os desafios da vida. Afinal, acredita-se que, indiferentemente, se a família for composta por pares homoafetivos ou heteroafetivos, a essência da boa convivência se dá em função do amor dado e recebido entre as pessoas e não pela distinção de sexos entre elas.

Todavia, nem sempre foi assim. A família matrimonializada do início do século passado era tutelada pelo código civil de 1916. Este código tinha uma visão discriminatória em relação à família. A dissolução do casamento era vetada, havia distinção entre seus membros, bem como a discriminação quanto as pessoas unidas sem os laços matrimoniais e aos filhos nascidos destas uniões, era positivada⁶.

Dias⁷ relembra que a chefia destas famílias era do marido e a esposa e os filhos possuíam posição inferior a dele. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o administrador dos bens da família. A vontade da família se traduzia na vontade do homem, que se transformava na vontade da entidade familiar. Tudo isso assegurava a supremacia masculina. Contudo, estes poderes se restringiam à família matrimonializada, os filhos, ditos ilegítimos, não possuíam espaço nesta original família codificada, somente os legítimos é que pertenciam à unidade familiar de

5 BIRMANN, Sidnei Hofer. O direito a filiação frente à inconstitucionalidade do art. 10 do novo Código Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1553. Acesso em 28/01/2008

6 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 30.

7 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 30.

produção. Ainda, a indissolubilidade do casamento era a regra, e a única maneira de solucionar um matrimônio que não havia dado certo era o desquite, que colocava um fim a comunhão de vida, mas não ao vínculo jurídico.

Felizmente, com a evolução social/familiar, as alterações legislativas foram inevitáveis, cita-se algumas muito expressivas, como o Estatuto da Mulher Casada (lei 4.121/1962) e a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e lei 6.515/1977) que, como bem alude Maria Berenice DIAS: *“Acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a idéia de família como instituição sacralizada.”*⁸

Andrade⁹ alude a importância de se compreender a evolução do contexto de família para que se possa ter conhecimento em dimensão ampla dos direitos que foram sendo aplicados de forma abrangente no decorrer dos tempos.

Antigamente, a família era entendida como um grupo advindo do casamento, pois era considerada capaz de apresentar moralidade e a estabilidade necessárias ao fundamento de sua função social. A depender da época e do momento histórico, vemos as relações de forma diferente: os escravos eram ditos como coisa, o homem era o chefe de família, e o casamento era indissolúvel, mas, com o passar dos anos, a escravidão foi abolida, a mulher equiparada constitucionalmente ao homem, e os cônjuges, muitas vezes, são infiéis ou não vivem no mesmo domicílio. Com a mudança da economia, da ciência, dos meios de comunicação e com a implantação do Estado Democrático de Direito os contornos da família mudaram.

Nas últimas décadas, as transformações sociais atingiram diretamente o núcleo familiar e originaram novas concepções de família, não mais equiparadas à tradicional família patriarcal¹⁰.

Mas foi a partir da Constituição Federal de 1988, que instaurou-se a igualdade entre homem e mulher, o conceito de família foi alargado, protegendo agora todos os seus integrantes; todos os filhos, inclusive os adotados, possuem direitos iguais, e ainda tutelou expressamente, além do casamento, a união estável e

8 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 30.

9 ANDRADE, Diogo de Calaseus Melo – Adoção por casais Homossexuais. p. 108

10 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 52-53

a família monoparental¹¹, graças a tipificação do art 226 §3 CF/ 88, o direito de família está voltado a preocupação com realidade social do fenômeno familiar e cai o estudo dos valores morais éticos e religiosos vivenciados pelo povo.

A Constituição de 1988 foi responsável por deixar subsídios para que outras formas de união além do casamento heterossexual, fossem reconhecidas, aceitando assim, novas formas de convívio. A realidade homoparentalidade (termo originário da França)¹² após enfrentar alguns desafios, passou a ter reconhecimento legal, sendo fundamental para esse estudo demonstrar seus aspectos jurídicos.

Assim, concluiu rel. min. Ayres Britto, ADI 4.277 e ADPF 132, julgamento em 5-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011:

O *caput* do art. 226 que confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *locus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes.

Nas palavras de Lôbo¹³, na família constitucionalizada: "O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco

11 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5

12 ZAMBRANO, E. (org.). *O direito à homoparentalidade: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil, 2006. Disponível em: www.nupacs.ufrgs.br e www.iaj.org.br.

13 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5

regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988”.

Alguns estudiosos defendem que a família contemporânea é uma instituição em crise, porém, ao contrário dessa afirmativa, acredita-se que essa instituição apenas está passando por um processo de ressignificação de acordo com a evolução social, não desqualificando sua existência.

Concorda-se assim como Dias¹⁴.

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.

Desta forma, acredita-se que as mudanças sociais merecem profunda atenção do Estado, a fim de proteger direitos anteriormente conquistados, e criando novas formas de proteção, caso seja necessário, buscando sempre proteger a pessoa humana. Sendo o instituto da família a *célula mater* da sociedade, ou seja, sendo considerada o núcleo básico de refúgio e assistência, de onde o ser humano define a sua concepção de vida, e se insere na sociedade, deve a instituição família ser protegida sempre, pelo ente Estatal.

Fazendo uma análise do artigo 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, Lobo¹⁵ assinala que o princípio da afetividade foi constitutivo para a evolução social da família, sintetizando que:

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. [...] Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei mantém unidas essas entidades familiares.

14 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

15 LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Março de 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 15 de maio de 2008. P.6

Assim, este estudo utilizar-se-á do reconhecimento amplo de família- aquela que surge através de laços de afetividade mútuos, para discorrer sobre os aspectos que envolvem a adoção de crianças por casais homossexuais.

1.2 Aspectos Jurídicos

Durante muitas décadas o Código Civil foi reconhecido como centro do ordenamento jurídico no que condiz a regularização da vida privada do indivíduo, até a Constituição de 1988 que procurou estender a compreensão das relações, olhando com caráter humanitário o papel do direito na sociedade.¹⁶

Bonavides¹⁷ explica que a Constituição preocupou-se em dar espaço para que o direito brasileiro passasse a intervir com foco específico nas relações, tanto individuais, como coletivas e/ou empresariais. Desta forma, a Constitucionalização da justiça foi uma consequência da penetração de ações advinda de Instituições Internacionais que passaram a defender o direito da pessoa humana.¹⁸ Ainda é mister salientar que a Constituição de 1988 também foi responsável por demonstrar preocupação especial com a base familiar, no entanto, sabiamente não taxou a terminologia do contexto familiar como absoluta, mas sim, preocupou-se em atender uma civilização que visivelmente passaria por profundas transformações. A Constituição Federal de 1988 trouxe princípios que alteraram profundamente o Código Civil, acabando com anos de preconceito, fazendo com que o referido Código perdesse o papel de Lei Fundamental do Direito de Família.

De acordo com Dias¹⁹, compreende-se que a constituição familiar passa a ser caracterizada por relações afetivas mútuas, e daí o motivo de muitas discussões

16 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.

17 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 186

18 GEDIEL, José Antônio Peres. Os Transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 54

19 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

a respeito da compreensão do conceito e formação de família. Para Farias²⁰ para compreender o contexto de família contemporâneo de acordo com a Constituição de 1988:

Serve, pois, o princípio da dignidade humana como verdadeira mola de propulsão da intangibilidade da pessoa humana, dele decorrendo o necessário respeito à sua integridade física e psíquica e às condições básicas de igualdade e liberdade, além da afirmação da garantia de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver.

Especialmente nas últimas décadas os doutrinadores buscam compreender, conceituar e definir da melhor forma o novo contexto em que as famílias estão se constituindo, sem macular o reconhecimento da família como base da sociedade. De acordo com Venosa²¹ a família pode ser conceituada como:

[...] o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que não é considerado parente.

A família contemporânea pode ser caracterizada de forma mais ampla, onde apenas a consanguinidade não basta para ser considerada como parte pertencente à entidade familiar, mas sim, laços afetivos que se tornam por ser mais abrangente. Kayser e Campos²² consideram que:

Tem-se, portanto, que o Superior Tribunal Federal, guardião da carta magna, reconheceu como entidade familiar a relação advinda do casamento entre dois homens ou duas mulheres. Tal fato representa uma evolução social, cultural e legislativa que num tempo não tão distante era inimaginável. Daí, se pode mensurar a evolução do conceito de família no ornamento jurídico nacional.

20 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 131

21 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7a Ed. Atlas, 2007, v. 6. p. 01.

22 KAYSER, Daiane Pizzatto; CAMPOS, Eduardo Erivelton. *Adoção de crianças por casais homoafetivos*. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 554- 569, 1o Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

Concorda-se com Dias²³ que a família pós-moderna é responsável por servir como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, exercício ainda para que o direito compreenda a família de forma global, sem interferências que possam violar o direito de qualquer um de seus respectivos membros (sendo consanguíneo ou não), garantindo a tutela com igualdade.

23 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

CAPÍTULO 2- UNIÃO HOMOSSEXUAL

Há um consenso histórico de que o relacionamento homossexual sempre existiu; seja nas civilizações egípcias, gregas, romanas, assírias, dentre outras, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram constatadas.

Para Silva Junior²⁴, a homossexualidade:

.. é uma prática sempre presente na história da humanidade, por se constituir uma das possíveis orientações afetivo-sexuais humanas – caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico que não se reduz a [sic] simples escolha ou opção..

Mesmo que cada civilização tivesse algum tipo de aceitação específica, o fato é que estes relacionamentos existiam e foram de fato discriminados através do direito romano, com a imposição da igreja de que o casamento deveria ser composto por um homem e uma mulher, com fins de procriação, sendo identificado então a família patriarcal, conceito e definição que pendurou por séculos.²⁵

De acordo com Andrade²⁶:

Para entendermos a nova ideia de família que se aplica às uniões homoafetivas, temos que compreender porque o legislador não protegeu expressamente as uniões homossexuais e, depois, verificar se essa distinção encontra razão lógica e racional, tendo em vista os compromissos éticos e políticos da sociedade brasileira, ou melhor, se a diversidade de sexos é o fator importante dessa desigualdade. As uniões de pessoas do mesmo sexo apresentam todas as características essenciais para configuração da entidade familiar, haja vista que tais relações estabelecem uma relação de afeto, respeito, consideração e auxílio mútuo, apresentando-se para a sociedade como parceiros, numa relação de forma contínua e duradoura, comportando-se de forma similar a qualquer casal heterossexual.

Os movimentos atualmente reconhecidos como LGBTs (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Simpatizantes) passaram a ser identificados

24 SILVA JUNIOR, Enezio de Deus. A homossexualidade. 2008, p.55. encontrado em: Fonte: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/adocao-homoafetiva> © Psicologado.com acesso em setembro de 2016

25 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Sexualidade vista pelos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

26 ANDRADE, Diogo de Calaseus Melo – Adoção por casais Homossexuais...p. 101/ 102

após a década de 80, ganhando adeptos em todo mundo. De acordo com Uziel²⁷ o início da busca pelo reconhecimento da União Homossexual se deu especialmente após o surto de AIDS, onde a morte precoce dos parceiros e o aparecimento das famílias requerendo os bens que eram conquistados pelo casal impulsionaram a busca por mecanismos legais que garantissem ao parceiro vivo bens patrimoniais e benefícios decorrentes da união afetiva.

No entanto, não se deve deixar de citar os desafios enfrentados por esses pares, de acordo com Andrade²⁸:

Apesar dessa evolução, as uniões entre pessoas do mesmo sexo encontram resistência na doutrina e na jurisprudência, que, num primeiro momento, fundamentavam a proteção de uniões homoeróticas no direito do trabalho, como se fossem relações trabalhistas, a dar ensejo a uma indenização por serviços domésticos prestados. Posteriormente no direito comercial-obrigacional, comparando-as com a sociedade de fato, que tem como fundamento o conteúdo econômico, aplicando analogicamente a Súmula n.389 do STF, editada em 1963, antes da constitucionalização da relação concubinária. Adiante, fundamentaram-se no princípio do enriquecimento ilícito, deixando de lado, o essencial para o direito de família que é a afetividade.

Dentro desse contexto, as respostas jurídicas passaram aos poucos a serem positivas, ganhando argumento para que legislação específica fosse criada. No Brasil, alguns casos específicos contribuíram para criação de leis específicas, dentre eles Uziel²⁹ relembra especialmente dois casos que mexeram com toda a comunidade jurídica, e foram objeto de muitos estudos: 1) 2001- Após a morte de Cássia Eller a justiça concedeu a guarda de Chicão à sua companheira Eugenia; 2) 2006 – Em Catanduva (interior de São Paulo) foi concedido o posicionamento favorável para inclusão de dois pais na certidão do caso Isadora.

Um argumento a favor da união homossexual é que negar aos casais do mesmo sexo os benefícios legais provenientes dessa união, representa uma discriminação baseada na orientação sexual, bem como os filhos de casais do

27 UZIEL, Anna Paula. Conjugalidade, parentalidade e homossexualidade: rimas possíveis . Conselho Federal de Psicologia, Junho, 2008

28 ANDRADE, Diogo de Calaseus Melo – Adoção por casais Homossexuais...p. 101/ 102

29 UZIEL, Anna Paula. Conjugalidade, parentalidade e homossexualidade: rimas possíveis . Conselho Federal de Psicologia, Junho, 2008

mesmo sexo podem se beneficiar de serem criados por dois pais dentro de uma união legalmente reconhecida e apoiada por instituições da sociedade.

2.1 A interpretação do artigo 226, §§ 3o e 4o, da Constituição Federal

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana. Além disso, o seu artigo 5º elenca os direitos e garantias fundamentais, proclamando prevalecer a igualdade perante a lei e a não distinção de qualquer natureza.

Assim sendo, a omissão constitucional, em seu art. 226, parágrafo 3, em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo, afronta esses princípios constitucionais de Liberdade e Igualdade.

Dias³⁰ posicionando-se à favor do reconhecimento da união estável alegando que qualquer relação merece a atenção e tutela jurídica. Ademais, a autora enfatiza que a previsão constitucional do art. 226 é meramente exemplificativa e trata-se apenas de cláusula geral de inclusão, assim:

Não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal³¹

Reconhece-se ainda que uma vez que o princípio norteador da Constituição Federal é aquele que consagra o respeito à dignidade humana, e o compromisso social do Estado sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, *“a orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua*

30 DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 131-152

31 DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 193

condição de vida".³²

Cada norma constitucional deve ser entendida em conjunto com todo o ordenamento constitucional. Andrade³³ ensina que *"podemos nos utilizar da ponderação e da concordância entre tais normas, verificando o peso de cada uma para solucionar os aparentes conflitos constitucionais"*.

As uniões de pessoas do mesmo sexo apresentam todas as características essenciais para a configuração das entidades familiares, como já salientado acima. Com o mesmo pensamento, Fugie³⁴ traça os pressupostos para que a união estável possa ser estendida às relações homossexuais:

Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe de orientação sexual de cada qual.

Segundo Giorgis³⁵, o artigo 226, § 3º da Carta Magna não apresenta proibição expressa para a constituição das relações entre pessoas do mesmo sexo e deve ser interpretado com a ajuda do método da "unidade da constituição" pelo qual o operador do direito deve integrar todas as normas constitucionais.

Para Talavera³⁶ a única diferença existente entre as uniões heterossexuais e as homossexuais é a diversidade de sexo, e ressalta que o vínculo entre as uniões homossexuais não deve ser ignorado, como também o princípio da não-discriminação e o objetivo de nossa sociedade de liberdade, justiça e solidariedade.

32 DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 131-152

33 ANDRADE, Diego de Calasans Melo de. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 30 Jun/jul, 2005.

34 FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e Constituição Federal. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 15, 2002, p.135

35 GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: Família e Cidadania – o novo CB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p.126

36 TALAVERA, Glauber Moreno. União civil entre pessoas do mesmo sexo. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.39

Já Hangel Junior³⁷ apresenta como solução para o conflito do artigo 226, o princípio da igualdade jurídica entre os gêneros: *a lacuna da lei não pode jamais ser usada como escusa para que o juiz deixe de decidir, cabendo-lhe supri-la através dos meios de integração da lei.*

2.2 Sobre o Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal aprovou a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Várias polêmicas vieram à tona transcendendo a discussão sobre casamento homossexual e preconceito, convidando também à reflexão sobre liberdade de expressão religiosa.

Segundo dados do IBGE³⁸, no Brasil existem mais de 60 mil casais homossexuais, número este considerável e que pode ser muito maior ao se considerar aqueles que omitiram sua orientação sexual em razão do preconceito que enfrentam no dia a dia.

Dessa forma, do ponto de vista jurídico, esta lei vem ao encontro dos interesses de um grupo social, o qual tem sua representatividade na sociedade e por isso deve ter suas demandas e direitos assegurados pela lei. Afinal de contas, como já muito salientado, cabe ao sistema jurídico, garantir a igualdade de direitos entre os cidadãos sem fazer acepção de quaisquer características ou peculiaridades existentes e, neste caso, sem se considerar a sexualidade.

Essa decisão é uma conquista importante no sentido de ampliar as garantias patrimoniais entre os homossexuais que vivem em união estável, os quais, em caso de morte do companheiro ou companheira, poderão, com a aprovação desta lei, usufruir legalmente de sua herança, assim como já ocorre com todos os casais heterossexuais desde sempre.

Dessa forma, colocando a questão dos direitos sobre patrimônio como o ponto central da discussão em torno desta lei, pode-se falar que a decisão do STF não proporciona uma mudança radical na organização da sociedade brasileira, pois

37 HANGEL JUNIOR, Hamilton. Princípio da moralidade constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.162

38 IBGE- Dados estatísticos, encontrados em: www.ibge.gov.br

não há restrições legais para que pessoas do mesmo sexo não tenham um relacionamento afetivo, nem mesmo para que não morem juntas.

A constituição destas uniões já existe. A decisão do poder judiciário não traz a união homoafetiva como algo novo, mas sim garante sua legalização e direitos outrora cerceados aos casais homossexuais brasileiros.

A discussão, a polêmica e o debate propriamente dito fazem parte da vida em sociedade e, além disso, são positivos quando objetivam buscar consensos em nome da tolerância da coesão social. Por outro lado, a imposição de ideias e posicionamentos (em uma ou outra direção), ainda que sejam em nome de uma “causa nobre”, seguem na contramão das liberdades e da construção de um tecido social democrático e tolerante com as diversidades.

2.3 Julgamento da ADPF 132 e o reconhecimento de alguns direitos a casais homoafetivos no Brasil

A ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, fez com que o Brasil presenciasse um julgamento histórico, no qual foi equiparada a união homoafetiva estável à união heteroafetiva estável, refletindo a igualdade e contemplando a dignidade da pessoa humana.

Com opção sexual distinta da “comum”, os homossexuais se viam em situação de desigualdade, pois suas relações homoafetivas não eram reconhecidas, denotando um ato discriminatório. O artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002 analisado, exigia a diversidade de sexo para o reconhecimento de união estável, logo, retirando-se a expressão “homem e mulher” do dispositivo, o instituto da união estável passaria a ser aplicado para a união homoafetiva com todas as suas disposições, e igualaria todas as relações afetivas existentes, e foi nesse caminho que o Ilustríssimo Senhor Ministro Ayres Britto, relator da ação, buscou caminhar, na igualdade, na família.

O Supremo Tribunal Federal usou a técnica de “interpretação conforme à Constituição” para analisar e interpretar o artigo 1.723 do Código Civil. A Suprema Corte deu nova interpretação à legislação infraconstitucional, admitindo a união estável de pessoas do mesmo sexo, entendendo que a opção sexual diferente da “comum” não poderia corroborar a discriminação até então existente, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro reconhecesse a união homoafetiva estável como entidade familiar.

Com a equiparação concedida pelo Supremo, às uniões homoafetivas passaram a gozar alguns direitos, e um deles é a conversão da união estável em casamento, direito garantido pela Constituição Federal. Essa conversão deve ser facilitada, mesmo o STF ter se mantido em silêncio sobre o tema ao julgar a referida ação, sendo assim, não existem objeções jurídicas em relação à conversão de união homoafetiva estável em casamento civil.

Outro grande direito adquirido foi a adoção conjunta (matéria analisada a seguir), que no artigo 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige que os adotantes sejam casados civilmente ou que mantenham união estável, portanto, com a equiparação, os casais homoafetivos em união estável podem adotar conjuntamente, sem nenhuma objeção jurídica.

Além dos direitos acima mencionados, os conviventes homoafetivos agora estão protegidos pelo Estado, como entidade familiar, e isso reflete em vários outros direitos, como alimentos, pensão por morte, direito real de habitação, condição de dependente em plano de saúde, declaração conjunta de imposto de renda, entre outros, além da partilha de bens, aplicando o mesmo regime da união heteroafetiva.

As relações homoafetivas antes do julgamento do STF vinham sendo reconhecidas, dia após dia, pelos Tribunais Estaduais e Juízes de Primeiro Grau, mas essa questão era controversa e exigia uma grande discussão em âmbito judicial, dependia do entendimento de entidade familiar e a isenção de preconceito de cada julgador. Com o referido julgamento as demandas existentes perderam o objeto, pois se trata de eficácia erga omnes e efeito vinculante, assim a decisão traz uma segurança jurídica sobre o tema em todo território nacional, garantindo o direito a todos, sem discriminação.

2.4 O casamento homoafetivo e a resolução nº 175 do conselho nacional de justiça

No que se refere ao casamento homoafetivo, é importante pautar, ainda, que no dia 14 de maio de 2013 fora aprovada a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça com a seguinte redação:

Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.

art. 1º é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

art. 2º a recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

art. 3º esta resolução entra em vigor na data de sua publicação³⁹.

Muitas críticas houveram a essa resolução, mas a mesma não deixa de ser um passo importante na história.

2.5 A união homoafetiva na jurisprudência

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do Resp 820.475, entendeu que:

Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

O Supremo Tribunal Federal, tem admitido a hipótese da pensão por morte devida a companheiros de mesmo sexo na constância união homoafetiva:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

³⁹ Ministro Joaquim Barbosa

REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. Informativo de nº 0366, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhece a Possibilidade Jurídica do Pedido. 2 - Faz jus apelada a percepção do benefício de pensão por morte o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se more uxório, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que foi adquirido por ambos, e deixado ao autor. 3 - Pleito do apelado em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no inciso I, do Art. 5º da Carta Magna, posto que a união homoafetiva merece ser tratada como uniões heterossexuais. 4 - Incontestável direito do apelado à percepção de pensão por morte nos termos assegurados pela Constituição da República de 1988 e a própria IN/INSS nº 025/2000, vez que presentes os requisitos necessários ao gozo desse direito. 5 - Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário para manter incólume a decisão recorrida. 6 – Decisão unânime.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - RE: 607562 PE, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA, CUMULADA COM PEDIDO DE CONVERSÃO EM CASAMENTO. PROCEDÊNCIA. ADOÇÃO DE SOBRENOME E ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. PRETENSÕES A SEREM MANIFESTADAS PERANTE O OFICIAL DO REGISTRO COMPETENTE. DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. 1. Por ocasião da formalização do pedido de conversão da união estável em casamento ao oficial do registro competente, já autorizado, deverão as requerentes manifestar o interesse na adoção do sobrenome uma da outra. Art. 157 da Consolidação Normativa Notarial e Registral. 2. Pretendendo as requerentes adotar para o matrimônio o regime da comunhão universal de bens, basta que estabeleçam como lhes aprouver, observada a forma exigida em lei, o regime de bens, ainda que alterando um anterior, para o que não necessitam de autorização do Poder Judiciário, regime este que regulará o matrimônio, por conta da conversão a ser efetivada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70057974750, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/03/2014. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/03/2014).

O Projeto de Lei nº 2285/07, o Estatuto das Famílias, dispõe:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:
I - Guarda e convivência com os filhos;
II - A adoção de filhos;
III - Direito previdenciário;
IV - Direito à herança.

Concluindo, o papel da jurisprudência é exatamente este: antecipar um entendimento a ser transformado em Lei pelo Congresso Nacional. Assim, estendendo o conceito de união estável às uniões homoafetivas, os Tribunais interpretam de forma coerente a Constituição Federal, visando a efetividade dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Negar a existência das uniões homoafetivas é negar os fatos e ao Direito não é dado o direito de negar os fatos sociais, sob pena de se afastar cada vez mais da sociedade. Ora, se as uniões homoafetivas existem, cabe ao Direito encontrar os caminhos, dentro do ordenamento jurídico, para a solução dos conflitos advindos desse relacionamento. Muito cômodo, é verdade, simplesmente alegar que aquele fato não é previsto em lei. Ora, se ainda não é, cabe ao Juiz utilizar dos princípios do Direito, enquanto ciência jurídica, e resolver a demanda que lhe é proposta.

Por fim, cabe aos juízes e Tribunais, quebrar as amarras do preconceito e discriminação, e entender que duas pessoas do mesmo sexo podem conviver em união estável, ou casar, sob a proteção do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 3- ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

A palavra adotar vem do latim *adoptare*, que significa *escolher, perfilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, escolher, desejar*.⁴⁰

Do ponto de vista jurídico, a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças/adolescentes todos os direitos e deveres de filho, somente quando forem esgotados todos os recursos para que a convivência com a família original seja mantida⁴¹.

De acordo com Rizzardo⁴² a adoção pode ser considerada como a aceitação de forma voluntária e legal de uma criança ou adolescente como filho, que passará a compartilhar o mesmo afeto e direito independentemente da consanguinidade.

Verifica-se, assim, o entendimento de Maria Helena Diniz⁴³:

[...] adoção vem a ser 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.

É regulamentada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina claramente que a adoção deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança/adolescente. Nesse contexto, referido

40 AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. encontrado em: <http://www.amb.com.br/mudeumdestino/docs/Manual%20de%20adocao.pdf> acesso em agosto de 2016

41 AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. encontrado em: <http://www.amb.com.br/mudeumdestino/docs/Manual%20de%20adocao.pdf> acesso em agosto de 2016

42 RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei no 10.406, de 10.01.2002. 5a Ed. Forense, 2007. p. 12.

43 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. Vol. 5, 23ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 484

instituto civil constitui um ato jurídico complexo que coloca, por meio de escritura pública ou sentença judicial, um indivíduo estranho no núcleo familiar da família do adotando, passando a possuir este os direitos inerentes à filiação. Além disso, não é negócio jurídico unilateral, é indisponível e não pode ser revogada, também conhecida como filiação civil, pois não decorre de uma relação biológica, e sim de uma manifestação de vontade ou de sentença judicial. Importa salientar que tal instituto é caracterizado por uma relação eminentemente de cunho afetivo que faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra, independente do vínculo biológico.

Adoção já não é mais tida como um contrato de simplesmente inserir uma criança na família, o vínculo afetivo é a natureza desse ato. A Constituição Federal reconhece os mesmos direitos assegurados pelos filhos havidos dentro ou fora do casamento ou por adoção. A partir do momento em que é constituída, pela sentença judicial e pelo registro de nascimento, o adotado assume a condição de filho.

3.1 Princípios Constitucionais

Silva Junior⁴⁴ relembra que apesar da adoção de crianças ser uma ação encontrada em muitas sociedades, como a Grécia e Roma, no Brasil, foi apenas em 1916 no Código Civil que foi identificado um texto legal explícito, o texto se referia a diferença entre os direitos dos filhos legais e dos filhos ilegítimos.

O princípio do melhor interesse da criança decorre da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Para chegar-se até a implementação desse princípio, primeiro, deve-se analisar a Doutrina da Proteção Integral, que foi responsável por colocar a criança e o adolescente no foco da plena proteção.

A Doutrina da Proteção Integral marcou o início de uma nova fase para os direitos da criança e do adolescente. Decorre da Constituição Federal de 1988 – art. 227, e, posteriormente, com Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 – artigos 3o, 4o, 5o. Destaque para o fato de que essa Doutrina passa a abranger

44 JUNIOR, Enézio de Deus Silva. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

todas as crianças e adolescentes, indistintamente, sem consideração à sua condição social⁴⁵. A criança e o adolescente passam a receber essa proteção integral justamente pela sua fragilidade e sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Sendo assim, com a implementação da referida Doutrina, a criança e o adolescente começaram a receber relevante proteção constitucional. Foram elevados ao status de sujeitos de direitos fundamentais, alvo da proteção integral da família, do Estado e da Sociedade. Seu melhor interesse passou a ser buscado a qualquer custo, de modo a lhes proporcionar um crescimento saudável. Com vista à efetivação disso, o art. 227 da CF previu os direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente, de modo a garantir a sua eficácia⁴⁶.

É nesse contexto que se reafirma o princípio do melhor interesse da criança, que é o dever dos pais e responsáveis de garantir às crianças proteção e cuidados especiais e, na falta destes, é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam⁴⁷.

No entendimento de Guilherme Gama:

O princípio do melhor interesse da criança representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, a pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa⁴⁸.

Nesse sentido, é dever da família, da sociedade e do Estado, conforme dispõe o artigo 227 da Constituição Federal, assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, e, não podendo ser esta exercida junto à família biológica, a adoção é uma forma de dar efetividade ao princípio da proteção integral. E ainda, conceito de filiação, em virtude da valorização jurídica do afeto, não está restrito ao liame entre o ser humano e

45 CHAVES, Antonio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 63

46 SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos Principlológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n. 26, p. 21-3., out./nov. 2004.

47 PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20, 22.

48 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 456-67.

aqueles que o geraram biologicamente. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, fixando-se o dever de tratamento igualitário, indistinto para com a prole, seja biológica ou socioafetiva.

3.2 ECA

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) foi criado em 1990, com o intuito de proteger o direito do menor e do adolescente de forma a presta-lhe direcionamento legal para melhor proteção e garantia de bem-estar, saúde e educação. O embasamento do ECA esteve diretamente relacionado com as indicações da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos da Crianças e se preocupou diretamente com os direitos da criança de ter a segurança de um lar, e, ainda, com os reflexos que a falta deste lar poderia trazer ao indivíduo e a sociedade.

O ECA em seu artigo 19, consubstanciado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, prevê o direito fundamental do menor a ter a segurança de um lar e de uma família, mesmo que esta não seja sua família biológica.

O artigo 19 do ECA, aduz:

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Ainda se recomenda que caso não seja possível a inclusão da criança a um lar, cabe ao Estado fornecer um meio que lhe proporcione sensação de família, segurança, saúde, educação, ou seja, as mesmas funções que seriam direcionadas às famílias. Desta feita, o ECA aborda o acolhimento da criança como uma questão social, e também responsabilidade do governo⁴⁹.

No entanto, o que temos na prática são milhares de crianças e adolescentes esquecidas em abrigos, a espera de um lar, e de um acolhimento afetivo. A

49 SILVA, R. Os filhos do governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. São Paulo: Ática., 1997.p. 97.

morosidade e burocratização do sistema de adoções, somado as inúmeras alterações sofridas pelo ECA, fazem do instituto da adoção um verdadeiro pesadelo, tanto para quem deseja adotar, mas principalmente para as crianças que ficam ignoradas em abrigos, que embora importantes, jamais poderão ser equiparados a um lar. Na realidade, funcionam como mero depósito de abandonados, bem distante de nossos olhos, para que a sociedade e suas instituições não sejam lembradas da omissão, descaso e indiferença em que incorrem⁵⁰.

Conforme mostram os dados do Cadastro Nacional de Adoção atualmente, há cerca de 37580 pretendentes cadastrados para a adoção, sendo que somente há 7058 crianças cadastradas.⁵¹ Esses números evidenciam que apesar de existir um numero muito maior de pretendentes à adoção do que crianças a serem adotadas, esses menores permanecem nos acolhimentos até atingirem a maioridade por não acharem uma família substituta compatível.

Ballone⁵², destaca a negligência precoce da qual sofrem as crianças institucionalizadas como sendo mais do que falta de nutrição e higiene. Trata-se da falta de contato afetivo e de estímulo que ocasiona atraso no desenvolvimento de alguns sistemas cerebrais. O autor relaciona como sintomas de negligência precoce: o choro e busca frequente pelos pais, retraimento emocional, desinteresse por atividades, perda de hábitos adquiridos em seu desenvolvimento familiar anterior, indiferença às recordações dos pais e/ou sensibilidade excessiva ao entrar em contato com lembranças relacionadas a eles.

Visa, portanto, o instituto da adoção, assegurar à essas crianças, a efetivação do direito de convivência familiar previsto no art. 227 CF/88. É encontrado no referido artigo, o embasamento para os dizeres de Silva⁵³.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

50 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

51 Conselho Nacional de Justiça, disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 29 de set. de 2016.

52 BALLONE, G. B. Criança adotada e de orfanato. In: Psiqweb, 2002. Disponível em <http://www.psiqweb.med.br/infantil/adoc.html>, Acesso em 23 de abr. 2013.

53 SILVA, R. Os filhos do governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. São Paulo: Ática., 1997.p. 97.

além de coloca-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 dos estrangeiros.

Apesar do ECA prever a adoção da criança por apenas uma pessoa, podendo ser os adotantes maiores de 18 anos, se constatadas vantagens para o menor, se omitiu com relação a adoção por pares homossexuais.

Dentre os requisitos elencado para a adoção no ECA (artigos 39 ao 52), nenhum faz referência à orientação sexual do adotante. Em razão da ausência de restrição legal, abre-se a possibilidade para o homossexual adotar, por se vislumbrar que o menor estará, em conformidade com o art. 43 do ECA, mais bem amparado se colocado no seio de uma família do que relegado à própria sorte⁵⁴.

De acordo com Dias⁵⁵:

Como a lei se nega a emprestar juridicidade as relações homoafetivas, por óbvio não há nenhuma previsão legal autorizando ou vedando a adoção. Ainda que se presuma que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha cogitado da hipótese de adoção por um casal homossexual, possível sustentar que tal ocorra, independentemente de qualquer alteração legislativa. O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse do infante, e não há motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos.

De fato, a omissão da legislação não pode ser caracterizada como processo impeditivo, mesmo porque de acordo com o artigo 5º CF: “Todos são iguais perante a lei”, não importando assim sua orientação sexual.

Desta forma, a justiça tem se ancorado nas lacunas da lei para efetuar pareceres nos processos de solicitação por adoção.

Para Dias ⁵⁶ :

54 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica. 3. ed. rev., atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54

55 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

Fundamentos outros e de ordem constitucional merecem ser invocados. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II do art. 5º da CF). Sem limitação legal, não se pode negar o direito de crianças e adolescentes à adoção, que lhes irá assegurar um lar, uma família, o direito ao afeto e à felicidade, ou seja, o direito à vida. A eles é assegurado o maior número de garantias, e são os que gozam de mais direitos na esfera constitucional. Ao depois, é dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227 da CF) assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade.

Nas elucidações acima fica claro que o único interesse a ser considerado é o interesse do menor, ou seja, o que de fato é melhor para o mesmo, sugerindo que uma casa com pais (homossexuais ou não) satisfazem ao melhor interesse do menor, que será assistido com amor, segurança e terá acesso a educação e saúde, que influenciará também seu futuro, e daqueles que lhe rodeiam, bem como, a sociedade como um todo.

3.3 Adoção dos pares homossexuais

O art. 42, §2º, do ECA passou a definir os critérios para a concessão da adoção quando esta é requerida de forma conjunta. Dispõe também, sobre a necessidade da união civil dos adotantes, ou da união estável, e que seja comprovada a estabilidade da família.

Nota-se que, o disposto no §2º, do art. 42 do Estatuto, diferente das regras expressas na art. 227 da Constituição e no art. 1.723 do Código Civil, não estabeleceu que o casamento ou a união estável seja entre homem e mulher.

Haja vista que, por ter sido a união homoafetiva equiparada à união estável para todos os efeitos, por intermédio da ADPF 132, logo presumiu-se que, não haveria impedimento legal, para a concretização da adoção por pares homoafetivos, tendo em vista a ausência de impedimento no §2º do art. 42, do ECA.

Como evidenciado, embora tenha sido identificado uma omissão do ECA quanto a adoção por pares homossexuais, também não se encontra neste estatuto, qualquer lei impeditiva a essa ação, muito pelo contrário, procurou-se em todo texto

garantir que o melhor ambiente ao menor fosse priorizado, inclusive colocando o Estado como responsável de lhe fornecer esse ambiente caso a introdução de uma família, mesmo que não fosse a biológica, não fosse garantida.

Assim, Figueiredo⁵⁷ argumenta que o que deve ser considerado é o melhor interesse do menor, e como pode ser visto no contexto contemporâneo, e é motivo de muitas indignações, é que o Estado não consegue por si só garantir os direitos dos menores como assegurado na própria lei, tendo por muitas vezes o cenário de abandono e desamparo de menores. Nesse cenário cabe então questionar: Não é melhor que esse menor tenha a proteção, e o afeto de um lar homossexual ao invés de se encontrar em situação de abandono?

Reconhece-se, no entanto, que a formação do lar homossexual deve ser ajustada, assim como exigido em um lar heterossexual, onde o menor possa ter referência de amor, de família, e, referências sociais. Tanto homossexuais quanto heterossexuais podem ter condutas que agridam a formação moral e psicológica do menor. Em tais casos, devem ser investigados indistintamente e comprovando-se a incapacidade, impedir a adoção. Mas esse comportamento desajustado diz respeito a valores e personalidade, fatores intrínsecos da pessoa humana, sem relação alguma com a opção sexual.

Enfim, o menor deve encontrar um ambiente onde possa receber todo o apoio necessário para sua formação, sendo imperioso encontrar um núcleo familiar, preferencialmente formado pelos meios legais, conforme explica Dias⁵⁸.

Todavia, 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.

Por isso mesmo, 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

57 FIGUEIREDO, L. C. de B. Adoção para homossexuais. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004 , p.83

58 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

são questões indissociáveis entre si. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. No Brasil, há uma crescente demanda de processos de casais homossexuais. Jurisprudências sobre a adoção por casais homoafetivos é a descrita a seguir:

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Civil no 7003157483328, decidiu acerca da possibilidade da adoção por casal homoafetivo, observando que essas uniões são consideradas como entidade familiar, mostrando que não há qualquer prejuízo à criança e adolescente de serem adotados por um casal do mesmo sexo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO RIO GRANDE DO SUL. APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS, Apelação Cível no 70013801592, 7a CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006).

O Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial no 889.852 - RS (2006/0209137- em sua Ementa prevê:

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.

3.3.1- Aspectos Patrimoniais

De acordo com Anequini (2008) um dos aspectos a serem discutidos nos estudos de adoção por pares homossexuais que merece relevância são os aspectos patrimoniais. Tal preocupação evidencia-se pelo fato de que muitos casais homossexuais com medo de sua situação conjugal interferir no processo de adoção, acabam por optar a adotar o menor sozinho, uma vez que a lei permite que uma pessoa maior de 18 anos e com capacidade mental e financeira estável possa adotar uma criança.

No entanto, reconhece-se que esta prática, muitas vezes justificada pelo preconceito, pode afetar o menor de forma global, seja por aspectos afetivos caso a outra parte venha a faltar, seja quanto aos aspectos patrimoniais, que neste caso ficará prejudicada em caso de separação ou ausência de um dos cônjuges.

De acordo com Dias⁵⁹ o comportamento dos pares onde um opta por se omitir não é prejudicial apenas para o menor, mas também para que preconceitos insistam em se perpetuar. Além disso, furta do menor o direito a dupla paternidade, quebrando assim, o vínculo familiar legal.

Kayser e Campos⁶⁰ aludem que uma vez que a história tem demonstrado casos onde o posicionamento a favor do casal é imperioso, faz-se mister compreender e respeitar a justiça e o menor, quando o casal optar em adotar uma criança em conjunto. Isso porque reconhece-se que o casal deve estar em consenso para uma decisão de adoção.

A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais, só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios, que ao invés de ter em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante.

59 DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016

60 KAYSER, Daiane Pizzatto; CAMPOS, Eduardo Erivelton. Adoção de crianças por casais homoafetivos. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 554- 569, 1o Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

3.3.2-Vínculo afetivo e as relações intrafamiliares

Xavier, Alberto e Mendes⁶¹ retratam sobre o vínculo afetivo da relação de adoção e/ou vínculo familiar, sobre homoparentalidade independente de como ela se dá (relacionamentos heterossexuais prévios, adoção ou inseminação artificial), as especificidades das famílias homoparentais (quais são os princípios discutidos com os filhos ao longo de suas vidas), tais como a função de cada pai/mãe, com relação a famílias heteroparentais.

De acordo Xavier, Alberto e Mendes⁶², as crianças mais novas tendem a experimentar menos dificuldades em aceitar a orientação sexual dos pais/mães, possivelmente porque as mais velhas e os adolescentes já integraram estereótipos relativos à homossexualidade e possuem um conhecimento mais alargado do preconceito social nesta matéria, ou seja, internalizaram a homofobia. E ainda afirmam, segundo pesquisa, que os filhos adultos que cresceram numa família homoparental consideram o seu contexto familiar importante no desenvolvimento de uma maior sensibilidade para as questões do heterossexismo e da homofobia, de perspectivas mais diversas e flexíveis sobre o que é uma família e, à semelhança do que se verificou em estudos realizados com crianças e adolescentes, de atitudes mais tolerantes ao nível dos comportamentos e papéis de gênero e da aceitação das diferenças.

Xavier, Alberto e Mendes⁶³ reconhecem que existem preocupações sociais quanto a esse tipo de relação parental, por exemplo: se causa algum trauma ou dano social aos filhos, se desenvolve algum tipo de complexo nos mesmos, se é ou não saudável ter homoparentes. Afirmam os autores que, se o fato de crescer numa família homoparental constituísse uma desvantagem para as crianças, as dificuldades já se teriam evidenciado mesmo em estudos com amostras pequenas e de conveniência, e que o desenvolvimento bem-sucedido das crianças e

61 XAVIER, Paula Alexandra; ALBERTO, Isabel Maria; MENDES,- **Homoparentalidade: da abordagem científica aos normativos legais em Portugal.** *Psicologia & Sociedade*, 27(1), 179-188, 2015

62 XAVIER, Paula Alexandra; ALBERTO, Isabel Maria; MENDES,- **Homoparentalidade: da abordagem científica aos normativos legais em Portugal.** *Psicologia & Sociedade*, 27(1), 179-188, 2015

63 XAVIER, Paula Alexandra; ALBERTO, Isabel Maria; MENDES,- **Homoparentalidade: da abordagem científica aos normativos legais em Portugal.** *Psicologia & Sociedade*, 27(1), 179-188, 2015

adolescentes parece ser mais influenciado pela qualidade do funcionamento e relações do sistema familiar do que pela sua configuração particular.

Se a razão da existência do instituto da adoção é a concretização da garantia à convivência familiar (assegurada a todas as crianças e adolescentes, conforme preveem os arts. 226, da CF e 19, do ECA) e se a união homoafetiva é considerada entidade familiar, a adoção por um casal homossexual atende ao objetivo maior da adoção: assegurar a convivência familiar, de acordo com o melhor interesse à criança.

De fato, existem as avaliações técnicas, as quais buscam averiguar se a família substituta é compatível com a natureza da adoção.

Ainda que em todos os pedidos de adoção se realizassem milhares de avaliações sociais, psicológicas ou psiquiátricas, jamais se poderia aquilatar, indubitavelmente, as reais possibilidades de sucesso das relações humanas familiares. Elas fazem parte do terreno do imponderável.

Por esta razão, quando se defere a adoção de uma criança a um casal heterossexual, não há garantia de que não surgirão conflitos, temores e desajustes. Nem mesmo a paternidade ou a maternidade biológicas trazem ínsitas o sucesso dos vínculos. Caso assim fosse, não teríamos tantos processos nas varas de família e tantas pessoas nos divãs dos psicólogos e psiquiatras.

Não há qualquer base empírica para se afirmar que as adoções por heterossexuais têm mais possibilidades de sucesso. O risco de que a criança sofrerá preconceito é apenas mais uma das peças do quebra-cabeça das relações familiares. Em uma pesquisa feita sobre o assunto em epígrafe, a Ordem dos Psicólogos Portugueses, selecionou os principais questionamentos e posições defendidas pelas principais organizações profissionais e científicas, para responder as inúmeras investigações, estabelecendo os seguintes assuntos de pesquisa:

Os Homossexuais podem ser bons Pais? O Padrão Relacional dos Homossexuais é compatível com a Educação de uma Criança? As Crianças precisam de um Pai e de uma Mãe? A Homoparentalidade põe em causa o Desenvolvimento Psicológico das Crianças? As Crianças filhas de Homossexuais tornar-se-ão elas próprias Homossexuais? Os Pais Homossexuais são Pedófilos ou Abusadores Sexuais? As Crianças de Famílias Homoparentais sofrerão Discriminação? É preferível para as Crianças viver numa Instituição ao invés de numa Família Homoparental? Os Estudos sobre Homoparentalidade estão Enviados? Conseguirão elas se

desenvolver da mesma forma que crianças filhas de pais heterossexuais?⁶⁴

Após responder cada um desses questionamentos, a Ordem do Psicólogos chegou à conclusão de que as evidências científicas relatam que os critérios de adoção são definidos com base na qualidade das suas relações com os pais e não em sua orientação sexual, de modo que, *“os resultados apoiam a possibilidade de co-adoção por parte de casais homossexuais, uma vez que não encontram diferenças relativamente ao impacto da orientação sexual no desenvolvimento da criança e nas competências parentais”*⁶⁵.

Logo, conceder adoções somente aos casais heterossexuais não é garantia de que os adotados não sofrerão preconceito e não enfrentarão conflitos.

Na nossa sociedade, o formato das famílias se alterou significativamente e os adotados fazem parte dessa evolução. Assim sendo, cada família e suas crianças se ajustarão ao mundo de acordo com suas experiências e suas próprias características. Não existe receita de felicidade.

De qualquer forma, em todos os dispareos modelos atuais de família, o elemento comum e indispensável é o amor. E não há qualquer questionamento de que um casal homossexual tenha capacidade de amar.

Com o sentimento de amor, os pais e os filhos (naturais ou adotivos) permanecem juntos, apesar das dificuldades que a vida, muitas vezes, nos apresenta.

Segundo Maria Berenice Dias:

Existe grande resistência em aceitar a possibilidade de homossexuais ou parceiros do mesmo sexo habilitar-se para adoção. Há a equivocada crença de que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldade na identificação sexual do adotado.

Também causa apreensão de o filho ser alvo de repúdio no meio que frequenta ou preconceito por parte de colegas ou vizinhos, o que

64 Ordem dos Psicólogos Portugueses. Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais. Lisboa. <https://www.ordemdospsicologos.pt/fic> ultimo acesso 29/09/16

65 Ordem dos Psicólogos Portugueses. Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais. Lisboa. <https://www.ordemdospsicologos.pt/fic> ultimo acesso 29/09/16

poderia lhe acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social.

Segundo estudo das famílias homoafetivas com prole, as evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou a estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo⁶⁶.

A doutrina que se mantém favorável a adoção de menores por homossexuais, afirma que o sucesso da colocação da criança e do adolescente em família adotiva, está ligado ao ambiente familiar e não a orientação sexual dos adotantes, que, por serem homossexuais, não perdem os sentimentos de paternidade e maternidade e não acarretam aos adotados prejuízos ao seu desenvolvimento psicológico⁶⁷.

Por fim, a falta da figura materna ou paterna não é óbice às adoções por solteiros, legalmente possíveis e rotineiras nas Varas da Infância e Juventude. A situação se assemelha, ainda, à realidade das inúmeras famílias monoparentais.

A ministra Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal, em uma decisão histórica e inédita, reconheceu o direito de um casal homossexual de adotar uma criança. É a primeira vez que o STF se posiciona favoravelmente sobre o assunto . Assim decidiu:

A Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da

66 DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz a justiça! As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos aos homossexuais. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003 pg 124

67 BEZERRA, Matheus Ferreira. As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberju>

cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.(Publ. 09 março de 2015)⁶⁸.

A posição do Supremo Tribunal Federal é muito clara, baseia sua interpretação na teoria da proteção integral da criança e do adolescente, adotada pelo ECA, não entendendo existir assim, apenas um modelo familiar. O princípio da dignidade humana alcança e amplifica a pluralidade de formas familiares, possibilitando a adoção à casais homossexuais, por constituírem família e por atenção e reconhecimento, em primeiro lugar, ao bem estar da criança e do adolescente.

De acordo com Pereira⁶⁹ o processo de adoção deve focar muito mais na questão emocional dos envolvidos do que em seus gêneros ou opções sexuais. Desde que exista adequada viabilidade de constituição do vínculo adotivo de

68 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/88135766/stf-18-03-2015-pg-157>. Acesso em: 29 de set. de 2016.

69 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica. 3. ed. rev., atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54

filiação entre um menor e um casal de pessoas do mesmo sexo, acolhida a inicial, preenchidas todas as exigências legais e sendo o estudo psicossocial favorável, o juiz irá fundamentar a sua decisão, explicar o seu convencimento, tendo por base a estabilidade de união homossexual, considerando-a, ou não uma união estável (conforme já se posicionou grande parte da jurisprudência, para a concessão de outros direitos e efeitos diversos).

Assim, o mais importante dentro da psicanálise é constituir um ambiente familiar adequado (emocional e materialmente equilibrado), que proporcione reais vantagens aos adotados, ao seu melhor interesse, e isto não é prerrogativa somente de heterossexuais ou de relação afetiva de homem e mulher, mas de seres humanos realmente motivados, preparados para exercer a maternidade ou a paternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste estudo fazer uma reflexão quanto a adoção por casais homossexuais através de alguns pontos específicos.

- 1- Quanto a evolução do contexto familiar na sociedade: Não se pode omitir que as famílias formadas por pares homossexuais é uma realidade cada vez mais presente na sociedade, inclusive regulamentada pela legislação no Brasil.
- 2- Quanto à não discriminação: De acordo com a Constituição Federal nenhum indivíduo deve sofrer discriminação quanto à sua crença, raça, cor ou orientação sexual. Desta forma, não cabe ao casal homossexual receber por parte do Estado discriminação quando este procurar os meios legais de adotar uma criança.
- 3- Quanto as indicações do ECA do melhor interesse do menor, e garantia deste em ter um lar, ser assistido quanto à sua educação, saúde e amparo moral.
- 4- Quanto a ineficiência do Estado em proporcionar o melhor ambiente ao menor na ausência de família.
- 5- Quanto aos interesses sociais, de se desenvolver uma sociedade com indivíduos saudáveis tanto na forma física quanto emocional, evitando assim danos posteriores.

Enfim, na conclusiva deste, entende-se que o poder Judiciário ao reconhecer a união homoafetiva, fazendo valer os ditames constitucionais e os princípios norteadores do Direito de Família, demonstrou o amadurecimento e a progressão do Direito diante da realidade social. Já era tempo das uniões estáveis homoafetivas serem reconhecidas e obter a proteção em nossa jurisprudência e doutrina recentes. É imprescindível asseverar que o afeto é o principal fundamento das relações familiares. Com tudo isso, o Poder Judiciário fez valer um dos maiores princípios constitucionais, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Contudo, os posicionamentos contrários à necessidade social, precisam tirar a venda dos olhos e enxergar a realidade da sociedade, e ouvir o clamor, pois a Justiça somente se fará com o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Ante o exposto, verifica-se que antes do reconhecimento da união homoafetiva pela Suprema Corte, a corrente doutrinária e jurisprudencial que defendia este direito era minoritária, o que dificultava, e muito, a busca da pretensão jurisdicional pelos homossexuais. No entanto, após a decisão – com efeito *erga omnes* – do STF reconhecendo que a união entre duas pessoas do mesmo sexo constituiu uma modalidade familiar, todos os Tribunais tiveram que se submeter a esta linha de raciocínio, e, dessa forma, foi amenizada a discriminação sofrida pelos homossexuais, embora ainda falte muito para que eles conquistem não só a igualdade formal, mas também a material. O Direito está onde estão os homens, onde existe sociedade

O fundamental é que a adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, e não um mecanismo de satisfação de interesses dos adultos. Trata-se, sempre, de encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para aqueles que querem adotar. Assim, o aumento do número de adoções resolveria grande parte do problema das crianças órfãos de nosso país, visto que há um enorme contingente de menores abandonados, que poderiam ter uma vida com conforto, educação e carinho. O preconceito, entretanto, faz com que a sociedade pereça, e muitas crianças sejam privadas de ter um lar, afeto, carinho, atenção. Precisamos romper a barreira da discriminação e permitir que o desejo da adoção, seja por casais homossexuais ou não, torne-se um instrumento efetivo na resolução dos problemas com as crianças que não tem lar, nem identidade. É na adoção que os laços de afetos se visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos. O que determina a verdadeira filiação não é a descendência genética, e sim os laços de afeto que são construídos, em especial na adoção.

Compreender melhor essas dinâmicas familiares pode ser um passo rumo à construção de uma sociedade mais igualitária, que convive bem com todas as diferenças. Um outro passo pode ser dado frente ao investimento em produções científicas capazes de dizer sobre uma experiência que causa polêmica, mas que já não quer ser percebida como um mero “arranjo” familiar. Pelo contrário, essas famílias constituem-se como famílias iguais a quaisquer outras. A dessemelhança está na diferença natural da condição humana: como não há um indivíduo igual a outro, não há uma família igual a outra.

REFERÊNCIAS

- AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. encontrado em: <http://www.amb.com.br/museumdestino/docs/Manual%20de%20adocao.pdf> acesso em agosto de 2016
- ANDRADE, Diego de Calasans Melo de. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 30 Jun/jul, 2005.
- ANDRADE, Diego de Calasans Melo de. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 30 Jun/jul, 2005.
- BALLONE, G. B. Criança adotada e de orfanato. In: Psiqweb, 2002. Disponível em <http://www.psiqweb.med.br/infantil/adoc.html>, Acesso em 23 de abr. 2013.
- BEZERRA, Matheus Ferreira. As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberju>
- BIRMANN, Sidnei Hofer. O direito a filiação frente à inconstitucionalidade do art. 10 do novo Código Civil . In : Âmbito Jurídico, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1553. Acesso em 28/01/2008
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996
- CHAVES, Antonio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 63
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Crianças em adoção.** disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 29 de set. de 2016.
- DIAS, Maria Berenice – Adoção por casais homossexuais. encontrado em: mariaberenice.com.br, acesso em Agosto de 2016
- DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010
- DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz a justiça! As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos aos homossexuais. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. Vol. 5, 23ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

FARIAS, Cristiano Chaves de. Escritos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

FIGUEIREDO, L. C. de B. Adoção para homossexuais. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004

FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e Constituição Federal. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 15, 2002

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 456-67.

GEDIEL, José Antônio Peres. Os Transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: Família e Cidadania – o novo CB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

HANGEL JUNIOR, Hamilton. Princípio da moralidade constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

IBGE- Dados estatísticos, encontrados em: www.ibge.gov.br

KAYSER, Daiane Pizzatto; CAMPOS, Eduardo Erivelton. Adoção de crianças por casais homoafetivos. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 554- 569, 1o Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Março de 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na história. 3 ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2009

ORDEM DOS PSICÓLOGOS PORTUGUESES. Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais. Lisboa. <https://www.ordemdospsicologos.pt/fic> ultimo acesso 29/09/16

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Sexualidade vista pelos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica. 3. ed. rev., atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20, 22.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei no 10.406, de 10.01.2002. 5a Ed. Forense, 2007

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos Princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n. 26, p. 21-3., out./nov. 2004.

SILVA JUNIOR, Enezio de Deus. A homossexualidade. 2008, p.55. encontrado em: Fonte: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/adocao-homoafetiva> © Psicologado.com acesso em setembro de 2016

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

SILVA, R. Os filhos do governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. São Paulo: Ática., 1997

TALAVERA, Glauber Moreno. União civil entre pessoas do mesmo sexo. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

UZIEL, Anna Paula. Conjugalidade, parentalidade e homossexualidade: rimas possíveis. Conselho Federal de Psicologia, Junho, 2008

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 7a Ed. Atlas, 2007, v. 6

XAVIER, Paula Alexandra; ALBERTO, Isabel Maria; MENDES,- Homoparentalidade:

da abordagem científica aos normativos legais em Portugal. *Psicologia & Sociedade*, 27(1), 179-188, 2015

ZAMBRANO, E. (org.). *O direito à homoparentalidade: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil, 2006. Disponível em: www.nupacs.ufrgs.br e www.iaj.org.br.