



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
BACHARELADO EM DIREITO**

MAJORIER LINO GURJÃO

**ADOÇÃO E HOMOPARENTALIDADE À LUZ DO ART. 227 DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA**

**CAMPINA GRANDE - PB
2010**



MAJORIER LINO GURJÃO

**ADOÇÃO E HOMOPARENTALIDADE À LUZ DO ART. 227 DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para a obtenção do título em
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da
Paraíba.

Orientação: Prof. Valfredo de Andrade Aguiar Filho.

**CAMPINA GRANDE – PB
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

G979a Gurjão, Majorier Lino.
Adoção e homoparentalidade à luz do art. 227 da
constituição federal brasileira [manuscrito]/ Majorier Lino
Gurjão. – 2010.
70 f. il.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2010.
“Orientação: Prof. Esp. Valfredo de Andrade Aguiar
Filho, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito familiar 2. Adoção 3. Homoparentalidade I.
Título.

21. ed. CDD 346.015



MAJORIER LINO GURJÃO

**ADOÇÃO E HOMOPARENTALIDADE À LUZ DO ART. 227 DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA**

Aprovado em: 10 de dezembro de 2010

BANCA EXAMINADORA

Valfredo de Andrade Aguiar Filho NOTA: 10,0
Prof. Valfredo de Andrade Aguiar Filho – UEPB
Orientador

Marconi do Ó Catão NOTA: 10,0
Prof. Dr. Marconi do Ó Catão - UEPB
Examinador

Ticiane Pinto de Araújo NOTA: 10,0
Prof.^a Ticiane Pinto de Araújo - UEPB
Examinadora

DEDICATÓRIA

querida
meu amor,
esta vitória, mas tantas outras. Nem que eu
tivesse um milhão de anos ou de formas para te
agradecer o amor e o carinho dispensados a mim
não conseguiria fazê-lo. O meu amor por ti é
imensurável e eterno. Obrigada por salvar a
minha vida.

DEDICATÓRIA

*À minha querida e amada avó,
Ivanilda Candeia Gurjão, a quem eu devo não só
esta vitória, mas tantas outras. Nem que eu
tivesse um milhão de anos ou de formas para te
agradecer o amor e o carinho dispensados a mim
não conseguiria fazê-lo. O meu amor por ti é
imensurável e eterno. Obrigada por salvar a
minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por estar sempre à espera da minha evolução, me auxiliando sempre, como verdadeiro Pai e Amigo que é. A Ti, Senhor, agradeço pelo amor incondicional e pelas graças concedidas.

Aos meus pais, Heretiano Gurjão Filho e Maria do Socorro Lino Gurjão por terem me dado o mais sublime presente: a vida. Agradeço, ainda, a Karina Pereira Gurjão, pela admiração, carinho e compreensão dedicados a mim.

Agradeço, especialmente, ao melhor pai do mundo, pessoa cujo coração não conhece a maldade nem o preconceito; que sabe amar da melhor forma que um ser humano pode amar; que tem o abraço mais gostoso que eu já conheci; o sorriso mais leve e a convivência mais afetuosa. Não mude nunca! Obrigada por estar ao meu lado sempre! Obrigada pelo amor, carinho, dedicação e amizade! O meu amor por ti é divino e eterno.

Aos meus avós, Ivanilda Candeia Gurjão e Heretiano de Farias Gurjão (*in memoriam*). Vocês foram e são os melhores professores que a vida me deu. Obrigada pelo incentivo e atenção. Obrigada por terem acreditado sempre. Ter o amor de vocês é bom demais!

Aos meus muito amados irmãos, Heretiano de Farias Gurjão Neto e Helder Lino Gurjão, por compartilharem comigo um amor e uma amizade verdadeiramente fraternos. Obrigada por estarem sempre presentes na minha vida; obrigada por esta convivência leve e brincalhona; obrigada por me ajudarem, todos os dias, a construir um amor tão grande. Eu os amo infinitamente.

Agradeço, do fundo do meu coração, a todos os meus tios paternos, em especial Edmar, Elza e Cléa. Obrigada por terem aceitado ser meus pais e mães substitutos num momento da minha vida em que necessitei de tanto apoio. Agradeço mais ainda por exercerem estes papéis até hoje. Eu os amo com a mais sincera gratidão.

Aos meus primos, meus melhores amigos. Vocês são para mim como tesouros com os quais sei que posso contar sempre. Cada um tem um lugar especial em meu coração. Mari, obrigada por esta amizade inexplicável, a sua presença é uma cachoeira de alegria! Michelle, és um espelho de bondade; a sua companhia é um bálsamo em minha alma! Viviane e Valesca, primas chiques da

“capitá”, obrigada por esta amizade tão linda e sincera. Emily, obrigada pela alegria e renovação que trouxestes às nossas vidas! Rodrigo, Thiago, Thúlio, Eraldo, Michael, Diego e Emirzinho, vocês são os primos mais “de luxo” que alguém pode ter. Alvino, Sânzia e Bete, apesar da distância desejo a vocês o melhor!

Agradeço, notadamente, aos operadores e cientistas do direito Thiago, Rodrigo e Sara, companheiros de conversas tão agradáveis.

Ao professor orientador Valfredo de Andrade de Aguiar, que com a simpatia e acessibilidade que lhe são peculiares aceitou embarcar comigo nesta aventura. Agradeço a gentileza e atenção dispensada a mim e a este trabalho.

Aos mestres e amigos de turma (muitas turmas), em especial às minhas inesquecíveis amigas Lidiane Batista e Lucianna Holanda, ao meu amigo e irmão Fabrício Raposo, o cara do coração gigante, à Larissa Braga pelos incentivos e a toda turma de formandos 2010.1 que me acolheram de forma tão receptiva e carinhosa.

Enfim, agradeço a todos aqueles amigos e companheiros que se fizeram presente nesta caminhada, me ajudando e incentivando.

Esta conquista é muito mais de todos vocês do que minha. Obrigada por tudo!

TODA FORMA DE AMOR

*Eu não pedi pra nascer
Eu não nasci pra perder
Nem vou sobrar de vítima
Das circunstâncias
Eu tô plugado na vida
Eu tô curando a ferida
Às vezes eu me sinto
Uma bala perdida*

*Você é bem como eu
Conhece o que é ser assim
Só que dessa história
Ninguém sabe o fim
Você não leva pra casa
E só traz o que quer
Eu sou teu homem
Você é minha mulher*

*E a gente vive junto
E a gente se dá bem
Não desejamos mal a quase ninguém
E a gente vai à luta
E conhece a dor
Consideramos justa toda forma de amor*

(Lulu Santos)

RESUMO

As transformações trazidas pela evolução social demandam a evolução do Direito. No campo do direito de família e à luz dos princípios constitucionais correlatos as uniões homoafetivas estão compreendidas no conceito de entidade familiar, apesar da omissão legislativa. Disto decorre que o instituto da adoção pleiteada por pares homossexuais também não encontra óbice legal. Cada dia cresce o número de pessoas homossexuais que se encorajam no sentido de buscar o Poder Judiciário a fim de ter o direito personalíssimo da maternidade/paternidade reconhecido através, principalmente, da adoção. A adoção é um ato de amor que tem o condão de retirar da situação de abandono e vulnerabilidade milhares de crianças que necessitam retornar ao convívio familiar e comunitário. Em acordo com o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente imposto pela Constituição Federal Brasileira, no seu art. 227, é que se assenta a possibilidade jurídica da adoção homoafetiva, seja esta adoção mono ou biparental. Ao tentar demonstrar esta possibilidade jurídica foi necessário também demonstrar a legitimidade da união homoafetiva como entidade familiar constitucional, evidenciar que a homoparentalidade monoparental é uma realidade fática na sociedade brasileira; que a adoção por pares homoafetivos não é, por si só, condição de risco para crianças e adolescentes além de esclarecer que a adoção por par homoafetivo não é vedada pelas leis brasileiras. A metodologia foi desenvolvida pelos métodos dedutivo, monográfico e estruturalista através da pesquisa bibliográfica. Os materiais utilizados foram bibliografia nacional e documentos jurisprudenciais e legislativos.

Palavras-chave: Adoção. Homoparentalidade. Proteção integral.

ABSTRACT

The transformations brought by social changes require the development of the law. In the field of family law and in light of constitutional principles related, homosexual unions are included in the concept of a family unit, despite the legislative omission. It follows that the institution of adoption by homosexual couples bickering also finds no legal obstacle. Every day a growing number of gay people who are emboldened in order to get the judiciary to take the personal right of parenthood recognized, primarily, through adoption. Adoption is an act of love that has the power to withdraw from the situation of abandonment and vulnerability thousands of children who need to return to the family and community life. In accordance with the principle of best interests of children and adolescents prescribed by the Federal Constitution, in its article. 227, that settles the legal possibility of adopting by homosexual people, whether single or two-parent adoption. In trying to demonstrate this legal possibility was also necessary to demonstrate the legitimacy of the homosexual union as a constitutional family, evidence that one parent is an objective reality in Brazilian society; that adoption by homosexual couples is not, by itself, a risk condition for children and adolescents as well as clarifying that adoption by homosexual couple is not prohibited by Brazilian law. The methodology was developed by deductive, monographic literature and structuralist methods. The materials used were national literature, case law and legislative documents.

Keywords: Adoption. Homosexual parenthood. Full protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 EVOLUÇÃO DO PODER FAMILIAR E DOS MODELOS DE FAMÍLIA.....	15
1.1 UM BREVE HISTÓRICO DO PODER FAMILIAR.....	15
1.1.1 Conceito e características do poder familiar.....	16
1.1.2 Titularidade, conteúdo e exercício do poder familiar.....	17
1.1.3 Suspensão, extinção e perda do poder familiar.....	21
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	23
1.3 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	24
1.4 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA.....	26
1.5 O PERFIL E A FUNÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA.....	26
1.6 A FAMÍLIA DECORRENTE DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.....	28
2 DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA PESSOA HOMOERÓTICA.....	30
2.1 BASES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	30
2.1.1 Princípio da proteção integral/ melhor interesse.....	31
2.1.2 Direito à convivência familiar e comunitária.....	33
2.1.2.1 A realidade da criança e do adolescente no Brasil.....	35
2.2 BASES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À UNIÃO HOMOAFETIVA.....	37
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana como bem maior.....	39
2.2.2 Princípios da igualdade e da liberdade: a livre orientação sexual como um direito fundamental.....	40
3 DA ADOÇÃO.....	44
3.1 BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO.....	44
3.2 CONCEITO.....	45
3.3 REQUISITOS.....	46
3.4 PESSOAS QUE PODEM ADOTAR E QUE PODEM SER ADOTADAS.....	48
3.5 EFEITOS DA ADOÇÃO.....	50
3.5.1 Efeitos de ordem pessoal.....	50
3.5.2 Efeitos patrimoniais.....	51
3.5.3 Irrevogabilidade, readoção e invalidação.....	52
3.6 ADOÇÃO INTERNACIONAL.....	53

4 DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA.....	55
4.1 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL HOMOAFETIVA.....	56
4.2 DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR FAMÍLIA BIPARENTAL HOMOAFETIVA.....	58
4.3 DAS RAZÕES CONTRÁRIA À ADOÇÃO HOMOAFETIVA: DESFAZENDO ALGUNS MITOS.....	60
4.4 CONQUISTAS JUDICIAIS.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é reconhecidamente uma Carta que consagra o Estado Democrático de Direito. Traz consigo numerosas evoluções jurídicas, filosóficas, sociológicas e éticas que remetem a uma sociedade que se vale do princípio da dignidade da pessoa humana como guia maior.

Neste diapasão, a Lei Maior trouxe renovações ao conceito de família e aos princípios que regem as relações familiares, bem como colocou a criança e o adolescente, em face do princípio da prioridade absoluta presente no art. 227, *caput*, no epicentro dos deveres da família, da sociedade e do Estado.

Dentre os diversos direitos assegurados aos menores de idade, na perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente, o legislador constituinte originário, no § 5º, do art. 227, CF, apresenta o instituto da adoção como uma das formas de efetivar o direito à convivência familiar.

A adoção tem sua origem na Lei das XII Tábuas com a nítida função de perpetuar a descendência e os cultos religiosos, as tradições familiares ou para transmissão da herança. Corresponde à modalidade jurídica que vem se transmutando ao longo do tempo por refletir a realidade social.

Hoje, a adoção, como todo o direito de família e da criança e do adolescente, encontra respaldo nos novos princípios e valores que norteiam a comunidade mundial. O respeito à dignidade da pessoa humana, a afetividade, a cidadania, a ética, a solidariedade familiar, a igualdade/não discriminação, a liberdade, a pluralidade das formas de família, a proteção integral/melhor interesse da criança e do adolescente mudaram o conceito destes institutos intrinsecamente ligados.

Majoritariamente, a doutrina reconhece a adoção como um ato de amor, cumplicidade e companheirismo, pelo qual se formam laços afetivos e irrevogáveis.

Diante da nova ordem imposta pela Constituição Federal para o Direito de Família, e da importância da adoção, situa-se o polêmico tema da possibilidade jurídica de adoção homoafetiva. A legislação brasileira, infelizmente, não enfrenta, de forma explícita, as questões referentes à união homoafetiva, muito menos da adoção decorrente deste enlace.

As opiniões são diversas; a sociedade se divide; os órgãos judiciários, bem como os órgãos auxiliares da justiça, não conseguem chegar a um consenso; o

Poder executivo e, principalmente, o Legislativo não tem a coragem de, através do Direito Positivo, desmistificar a condição jurídica das pessoas que desejam constituir família homoafetiva.

Esta omissão demanda por parte de toda a sociedade e, em especial, da comunidade jurídica, uma discussão aprofundada do tema, a fim de se ponderar sobre diversos fatores. É importante uma ação conjunta dos diversos ramos sociais que tenha como escopo avaliar os aspectos constitucionais, sociais, psicológicos, filosóficos e primordialmente jurídicos da questão homoafetiva como um todo.

A adoção é tema de demasiada importância, que merece todos os esforços acadêmicos cujos desígnios sejam demonstrar a importância do princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente não só no ordenamento jurídico pátrio, bem como nas diretrizes que agora norteiam os direitos humanos no mundo.

O cruzamento de temas tão impactantes para a sociedade atual acende a busca pela real compreensão dos desejos do Estado Democrático de Direitos, pois a ausência de permissão legislativa que legitime a adoção por homoafetivos se traduz em constante estado de insegurança jurídica, além de afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se esmiúça nos princípios da igualdade, liberdade, cidadania, dentre outros, desrespeitando especialmente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Apesar destes aspectos, a jurisprudência pátria vem, ao lado da doutrina, assumindo um papel relevante no avanço do enfrentamento desta matéria. Muitas já são as decisões que reconhecem a homoafetividade e a homoparentalidade com fundamentos na própria Constituição Federal.

O advento da Lei Federal nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009, a chamada “Nova Lei de Adoção”, trouxe grande expectativa de que o Poder Legislativo, finalmente, adequasse a legislação infraconstitucional aos novos modelos sociais que atualmente se impõem, mas, ao contrário da expectativa, houve omissão ao não disciplinar o que é fato: a existência da possibilidade constitucional de adoção por pares homoafetivos.

A despeito dessa omissão legislativa se faz imperioso demonstrar a possibilidade jurídica da adoção por pares homoafetivos como efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, evidenciando que a homoparentalidade monoparental, seja a concebida por prole consanguínea ou prole

adotiva é uma realidade fática na sociedade brasileira, bem como o crescente desejo de adoção por pares homoafetivos.

Além de que a adoção perquirida por par homoafetivo não é vedada pelas leis brasileiras e que se conforma, inclusive, com os princípios constitucionais basilares do respeito a dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Ao contrário do que pensa o imaginário social, a adoção por pares homoafetivos não é, por si só, comprovadamente, condição de risco para crianças e adolescentes.

Os mais diversos segmentos vêm se atualizando e recomendando o exercício da homoparentalidade através da adoção. Os juristas se baseiam, para levantar a bandeira da possibilidade jurídica deste tipo de adoção, na Constituição Federal Brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas pesquisas científicas que cada vez mais confirmam que a criança e o adolescente adotados por pares homoafetivos, que preencham os requisitos exigidos para adotantes, possuem as mesmas chances de se desenvolver e se tornar adultos equilibrados e felizes.

1 EVOLUÇÃO DO PODER FAMILIAR E DOS MODELOS DE FAMÍLIA

1.1 UM BREVE HISTÓRICO DO PODER FAMILIAR

A família ocidental vem passando por diversas mudanças que repercutiram no conceito de poder familiar. Nas civilizações anteriores o poder familiar se resumia ao poder exercido pela figura paterna, exclusivamente, e tinha por função principal atender aos interesses do chefe de família.

Na época romana denominava-se *patria potestas* se traduzindo num direito sobre a vida e a morte do filho, bem como de toda a família a ele submetida. Assim o pai podia enfeitá-lo, expor o filho como bem entendesse, matá-lo, usá-lo à título de indenização e até renunciar a esse direito sobre o filho.

Ao longo do tempo este poder do chefe de família, que era despótico, foi sofrendo restrições. Aliada a essa diminuição já se percebe a presença da afeição como justificativa para um exercício do poder familiar menos atroz, dando ensejo à ideia de um poder dever. Modernamente, há alguns fatores que conduziram à evolução da concepção do poder familiar.

O advento do pensamento cristão trouxe a percepção de um poder a ser exercido não só pelo pai, mas com a participação da mãe, além de indicar o sentido de proteção à criança e ao adolescente que este dever trazia consigo, descaracterizando-o como um direito em favor dos genitores.

Assim, a criança e o adolescente se tornaram sujeitos de direito com eminente interesse do Estado em assegurar-lhes tal condição. Segundo Paulo Lôbo “à medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni iuris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independente de sua origem”¹ o poder familiar sofreu restrições.

Nesse sentido, foram construídas as bases da atual natureza do poder parental, pois na medida em que a dignidade dos filhos e a valorização da família tomavam seus lugares de destaque, o famigerado pátrio poder teve que ceder sua vez a um poder exercido sobre os filhos levando em consideração o fim de protegê-los, dando-lhes suporte para que tenham uma infância e adolescência fundadas na

¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

dignidade e na autoridade educativa, oferecendo-lhes condições para que se tornem adultos preparados para viver em sociedade.

Atualmente, o caráter de proteção deste poder, que é controlado pelo Estado, encontra razão máxima na Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 227, que oferece amplos direitos à criança e ao adolescente, com especial atenção à convivência familiar, se convergindo no princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança.

O Código Civil - CC, que entrou em vigor em 2003, mudou a nomenclatura do instituto, que antes era pátrio poder, para 'poder familiar', evidenciando que o poder de tutela sob os filhos, assim como a liderança da família, era papel exclusivamente exercido pelo pai. O poder familiar encontra-se disciplinado nos arts. 1630 ao 1638, do Capítulo V, do Subtítulo II, do Título I, do Livro IV, que trata do Direito de Família, do Novo Código Civil Brasileiro.

1.1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

Segundo Maria Helena Diniz o poder familiar

É um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.²

Este conceito é capaz de traduzir a natureza jurídica e social do instituto do poder familiar, além de ser constitucionalmente correto por abranger a norma do art. 227, da Carta Política de 1988.

A natureza atualmente imposta pelo Estado e pela sociedade para o poder familiar consubstancia-se numa relação harmoniosa entre pais e filhos, na qual os pais e/ou os responsáveis legais exercem uma autoridade que busque proteger e encaminhar a prole para seu desenvolvimento e individualização como ser humano único. É, então, um poder dever que engloba a obrigação de todos os responsáveis legais (pais ou não).

O poder parental traz consigo certas peculiaridades inerentes ao seu bom exercício. Assim, convém destacar que este poder é um direito dever que por sua

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 514.

natureza se constitui num *múnus público*, pois, apesar de ser exercido na esfera privada, encontra-se controlado e delimitado pelo Estado.

Deste modo, é irrenunciável, visto que o Estado não concede aos pais a possibilidade de abrir mão livremente de seu exercício, pouco menos transferi-lo a outrem, porquanto também é inalienável.

O poder familiar não decai pelo não exercício, sendo, portanto, imprescritível, haja vista que os pais só o perdem nos casos previstos em lei. Nestes casos em que não houve a perda ou a suspensão do poder familiar, os pais não podem nomear tutor para seus filhos. O exercício do poder familiar só cessa com a maioridade civil ou com a emancipação dos filhos.

1.1.2 Titularidade e exercício do poder familiar

O papel da mulher como titular do poder parental sobre os filhos sofreu diversas modificações. À época em que ao chefe de família era atribuído o *patria potestas*, o poder parental da mulher era praticamente nulo, só se configurando em casos excepcionais, como na falta ou impedimento por parte do pai. Depois, a mãe passou a ser considerada uma colaboradora na titularidade do poder familiar.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves “a igualdade completa, no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges só se concretizou com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990.”³ Ambos os diplomas declaram, expressamente, que a titularidade do poder familiar deve ser exercida de forma igualitária pelo homem e pela mulher.

A estes mandamentos pode-se fazer uma interpretação mais ampla, pois que existe a pluralidade das formas de famílias, tais como irmandades, famílias monoparentais, homoafetivas, dentre outras, nas quais a titularidade do poder familiar não será, efetivamente, exercida pelo pai ou pela mãe.

Cumprе ressaltar que, em caso de divergências, entre os pais, quanto às decisões sobre a vida dos filhos, caberá à autoridade judiciária decidir. Esta não é, nem de longe, a melhor solução. O magistrado deve, sempre, incentivar os pais, afim de que achem um ponto de concordância. O mais importante na relação entre

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 370.

pais e filhos, principalmente nestas questões de autoridade dos pais na vida filial, é a capacidade dos pais de convergirem suas opiniões no sentido de atender aos reais interesses da criança e do adolescente.

Assim, Paulo Lôbo opina que

No interesse dos filhos, presume-se que haja harmonia no exercício, o que supõe permanente estado de conciliação das decisões dos pais, com concessões recíprocas, equilíbrio, tolerância e temperança acrescentando que os filhos são titulares dos direitos correspondentes e, portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos.⁴

Preconiza o art. 1632, do Código Civil Brasileiro que o divórcio e a dissolução da união estável não modificam a titularidade do poder parental, que continua a ser exercido em conjunto, visto que estes novos estados apenas alteram um de seus aspectos, qual seja a titularidade da guarda.

O reconhecimento do filho implica, automaticamente, a titularidade do poder familiar. Quando o pai e a mãe são desconhecidos ou incapazes de exercer este poder, nomear-se-á um tutor ao menor.

Deste modo, para haver tutela, ambos os pais devem ser desconhecidos ou impedidos de exercer o poder parental. O art. 28, do ECA, que permanece aplicável, é mais abrangente, pois não apenas se refere à tutela, mas à colocação do menor em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção no caso de ambos os pais serem desconhecidos.

O exercício do poder parental deve sempre estar em consonância com o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. Sendo este *múnus* uma concretização deste princípio, o seu exercício tem como prisma o desenvolvimento da criança e do adolescente que são os destinatários naturais das práticas e políticas que salvaguardem plenamente seus direitos.

Destarte, o art. 1.634, do CC/02, elenca diretrizes que buscam imprimir aos pais os rumos fundamentais a serem seguidos no sentido de assegurar uma vida digna aos seus filhos.

A primeira diretriz, talvez a mais importante, diz respeito ao dever dos pais de dirigir aos filhos a criação e a educação. Tal encargo se desdobra na disponibilização dos meios materiais necessários ao desenvolvimento físico, e no

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275 e 276.

apoio psíquico, intelectual e moral que possibilitem a formação do caráter do menor, sempre respeitando sua personalidade como ser único e individual.

Importante destacar que a reprimenda moderada aos atos errôneos praticados pelos filhos é um direito dos pais, aliás, pode-se dizer que o poder familiar coexiste com o poder de correção dos pais, e é essencial a formação de uma personalidade equilibrada. O que não se admite é a repreensão imoderada que desrespeita a dignidade do menor e pode, também, colocá-lo em situação de risco.

Após, o Código Civil apresenta o direito dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e guarda. Esse é um direito recíproco dos pais e dos filhos e uma condição favorável ao exercício do poder parental. Paulo Lôbo ressalta que

O direito à companhia inclui o de fixar a residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai e da mãe, deixe-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo, o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado em lei. O direito dever de guarda inclui o de fiscalização.⁵

O direito de conceder ou negar aos filhos o consentimento para casarem se baseia na ideia de que, estando os filhos ainda no percurso do desenvolvimento de seu caráter e de sua personalidade, ninguém melhor do que os pais para decidirem razoavelmente se devem ou não constituir matrimônio, pois de certo que os pais só buscam aquilo que julgam ser mais adequado para o interesse de sua prole. A anuência de ambos os genitores ou responsáveis legais é imprescindível.

Outro direito dever explicitado no art. 1.634, do CC/02, diz que compete aos pais nomear tutor aos filhos, por testamento ou documento autêntico (escritura pública), se o outro dos pais lhe não sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar.

Esta regra se coaduna, mais uma vez, com a noção de que cabe aos pais decidir o que é melhor para seus filhos, e neste caso, quem é melhor para cuidar deles no caso em que não haja a possibilidade de um ou de ambos fazê-lo. Cabe, também, aos pais representar seus filhos até aos 16 anos e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes.

Segundo preceitua Carlos Roberto Gonçalves este mandamento visa

⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 280.

Suprir as incapacidades, absoluta ou relativa, pois, pela representação do filho, desde a concepção (CC, art. 2º) até os 16 anos, e pela assistência, após essa idade e até completar 18 anos, nos atos em que for parte. Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais como do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, “o juiz lhe dará curador especial” (CC, art. 1.692)⁶

Se um dos pais morrer ou não tiver a capacidade de exercer o poder parental, caberá ao outro exercer, exclusivamente, o poder familiar, mesmo que venha novamente contrair novas núpcias ou conviver com novo (a) companheiro (a).

Apenas quando ambos os pais morrerem ou estiverem impedidos, por qualquer motivo, de exercer este poder sobre sua prole, a representação ou assistência deverá ser desempenhada pelo tutor nomeado para este fim através do testamento ou documento público.

É outro direito dos pais reclamarem os filhos de quem ilegalmente os detenha. O meio judicial cabível, neste caso, será a ação de busca e apreensão. O juiz atento deve observar, a fim de obter justiça e obedecer ao melhor interesse da criança e do adolescente, se os pais ou responsáveis se descuidam ou mantêm seus filhos em locais prejudiciais à sua saúde, o que pode ter dado causa a que alguém tenha detido os filhos de outrem ilegalmente.

Se a autoridade judiciária não encontra tais indícios deve, imediatamente, ordenar que sejam devolvidos os menores aos cuidados de quem detém o direito e dever legal de protegê-los, ou seja, os titulares do poder familiar.

Preceitua, ainda, o art. 1.634, do CC/02, que é lícito aos pais exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade. A obediência e o respeito aqui mencionados são atributos essenciais ao bom exercício do poder parental sobre os filhos menores.

Assim, é possível a aplicação de repreensões moderadas com intuito de educar e ensinar os limites aos filhos. A imoderação resulta maus tratos, e é incompatível com a ordem constitucional estabelecida pelo Estado Democrático de Direito.

Maria Helena Diniz enfatiza que “pode-se exigir do menor a execução de pequenas tarefas domésticas ou remuneradas, desde que acatem as restrições da legislação trabalhista e não haja risco ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 376.

educacional.”⁷ A legislação trabalhista a que se refere Maria Helena Diniz proíbe o trabalho fora do lar de menores até os 16 anos, fazendo ressalva à condição de aprendiz, a partir dos 14 anos e a vedação ao trabalho noturno até os 18 anos (arts. 402, 403, e 404, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT).⁸

Quanto aos bens dos filhos compete aos pais a administração legal e o direito de usufruto, sempre no sentido de preservar e assegurar aquilo que é de direito de sua prole, utilizando, os pais, o princípio da razoabilidade.

1.1.3 Suspensão, extinção e perda do poder familiar

Dentre as possíveis sanções aplicadas aos pais no exercício do poder familiar a suspensão se caracteriza por ser a menos gravosa. Com ela o poder parental fica tolhido, parcial ou totalmente, por tempo determinado, podendo referir-se a um ou mais filhos. Devido ao seu caráter provisório a suspensão pode ser sempre revista quando suplantadas as causas que a provocaram.

É medida excepcional, pois no interesse dos filhos e da convivência familiar, deve apenas ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus bens. Baseado nesse interesse a suspensão do poder parental priva os pais de alguns direitos, mas não os dispensa do dever de alimentar os filhos.

De acordo com o art. 1.637, do CC/02, são três as hipóteses de suspensão do poder familiar. A primeira se refere aos casos em que os pais descumprem deveres a eles inerentes. A segunda se observa quando os atos dos pais acarretam a ruína dos bens dos filhos. Estas duas hipóteses caracterizam abuso do poder familiar. A última decorre de condenação dos pais em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Os deveres intrínsecos ao poder parental, ainda que não nomeados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao art. 227, da CF/88, que fala do sustento, guarda e educação dos filhos.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 522.

⁸ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. In VADE MECUM: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 906.

De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurar aos filhos a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A extinção é a suspensão definitiva do poder familiar. Decorre de fatos naturais ou de decisão judicial, elencados, taxativamente, no art. 1.635 do CC/02. A primeira hipótese se observa quando há a morte dos pais, ambos os pais, ou do filho, fato que impossibilita o exercício do poder familiar pela perda do objeto.

O outro fator de extinção do poder parental é a emancipação do filho. A maioridade é outra hipótese que enseja a extinção, já que com ela cessa a incapacidade civil do filho. A adoção extingue o poder familiar dos pais de origem; este poder passa, com a nova situação jurídica, aos pais adotantes. Na verdade o que há aqui é uma transferência do poder familiar. A última possibilidade de extinção acontece quando há sentença judicial, na forma do art. 1.638, do CC/02, que elenca as causas de perda do poder familiar.

Estas causas de perda do poder parental, trazidas pelo art. 1.638, do CC/02, se constituem em óbices mais gravosos ao exercício do poder familiar. A perda provém de ato judicial que se apresenta como sanção máxima aos pais por visar proteger e assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Os atos praticados pelos pais, nestes casos, ofendem frontalmente a integridade e a dignidade dos filhos, confrontando, flagrantemente, os preceitos do art. 5º, da Carta Política de 1988, indo de encontro ao sentido da proteção integral do menor, que deve ser preservado, de maneira especial, pelos pais.

Castigar o filho imoderadamente, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e reincidir, reiteradamente, nas faltas previstas para a suspensão do poder familiar, são as hipóteses legais para a destituição do poder familiar.

Em regra tem caráter permanente, “embora o seu exercício possa restabelecer-se, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou. Por ser medida imperativa abrange toda a prole.”⁹

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 534.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A família, como hoje a conhecemos, sofreu diversas modificações. Ao longo da história, os modelos de família estiveram influenciados pelo que o Estado e a religião ditavam como aceitável, apesar da família anteceder estas duas instituições. Assim, a evolução do Estado, da religião e da própria espécie humana impôs a evolução da instituição mais básica e importante do seio social.

Arnoldo Wald, ao tratar da evolução histórica da família, diz que “a família brasileira, como hoje a conceituamos, sofreu a influência da família romana, da família canônica e da família germânica.”¹⁰

Ao analisar a família grega, percebe-se claramente a importância do culto religioso doméstico realizado pelo chefe da família, que era o pai.

Os atos realizados no âmbito do próprio lar predominavam, e assim, todos os grandes acontecimentos aconteciam sob a esfera do pai e de seus deuses. A religião era o ponto marcante. Se o casal não podia gerar filhos, lhes era permitido a adoção a fim de se perpetuar a família e seus deuses particulares, pois a consanguinidade e afetividade tinham o mesmo valor.

A família romana se constituía numa unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Era o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *pater familias*, desempenhado pelo ancestral mais velho e vivo. O chefe da família administrava toda a vida doméstica, como a justiça, a religião, a economia e todos os seus descendentes estavam sob sua autoridade.

Havia dois tipos de casamento. No casamento *com manus* a mulher passava a fazer parte da família marital e ficava sob a autoridade do marido, e no casamento *sem manus* ela continuava sob a autoridade paterna. Independente da idade e do estado civil, os filhos deviam obediência absoluta ao pai, que tinha, inclusive, o poder de vida e morte sobre eles.

Havia, em Roma, dois tipos de parentescos: o agnático representado pelas relações entre pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater* e o cognático que dizia respeito ao parentesco consanguíneo. Ao longo do tempo, o parentesco cognático se sobrepôs ao agnático, ensejando diversas consequências jurídicas.

¹⁰ WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

Na família romana observa-se que o poder familiar exercido pelo *pater* começa a sofrer restrições quanto ao tratamento com os filhos e a sua mulher, que se torna mais autônoma, podendo substituir o pai quanto à guarda dos filhos, passando a ter direito à herança. Importante ressaltar que para os romanos a presença do afeto no matrimônio devia ser uma constante, e sua falta, por si só, seria causa para dissolução do casamento.

A família canônica traz o casamento não mais apenas como um acordo de vontades, mas um sacramento, cuja dissolução não podia ser efetuada. Nesse sentido, o divórcio sempre foi ato inadmissível para o direito canônico e, em decorrência dessa indissolubilidade, foi criado um sistema de impedimentos que podia tornar o casamento nulo ou passível de anulabilidade, presente até os dias atuais.

Marcadamente, as diretrizes para a constituição da família se derivavam dos preceitos da Igreja à época. Assuntos como divórcio, filiação, adultério, adoção, sexo, a situação da mulher e o poder dos homens, dentre outros, estavam dentro da esfera religiosa.

As heranças ideológicas do direito canônico ainda perduram nos dias atuais, arraigadas, principalmente, nas concepções morais da sociedade. Mas, apesar de ainda se encontrar resquícios das tradições religiosas pode-se notar que as influências da Igreja sobre o Estado foram diminuindo e, com isso, os rígidos padrões de moralidade foram se abrandando.

A família germânica também era comandada pelo poder absoluto do pai. A família era o centro político e social, onde a mulher e os filhos viviam, no seio da família, de acordo com as tradições da época. Mas foi na família germânica que surgiu a ideia de emancipação filial, já que o pátrio poder se restringia quando o filho se distanciava do convívio familiar por ter independência econômica e psicológica.

No Código Civil de 1916 a visão canônica ainda se fazia marcante, apesar do Estado ser laico. O poder do chefe de família, sobre a esposa e a prole ainda era marcante, e não se observava a igualdade entre homem e mulher que foi constitucionalizada em 1988. A Carta Política de 1988 rompeu, de vez, com o modelo patriarcal imposto por tanto tempo à sociedade brasileira.

1.3 CONCEITO DE FAMÍLIA

Numa tentativa de elaborar um conceito mais abrangente possível pode-se dizer que a família é a instituição fundamental da sociedade. A própria Constituição Federal, apesar de não conceituar a família, em seu art. 226, se refere à família como a “base da sociedade”, e por isso merece a proteção especial do Estado. Silvio de Salvo Venosa diz que “a família, em um conceito amplo, é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder”.¹¹

Para Paulo Lôbo

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família, é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).¹²

Esta acepção se coaduna com o princípio do pluralismo das relações e entidades familiares que atualmente se apregoa. A família não mais se determina somente pelo casamento. Assim, o Estado Democrático de Direito Brasileiro protege as famílias dotadas de particularidades em sua formação, e que assim se mostram por causa das constantes mudanças sociais.

Numa visão mais constitucionalizada a família é

A união afetiva de pelo menos duas pessoas, ligadas pelo parentesco ou não, vivendo sob o mesmo teto ou noção, onde cada uma desempenha uma função, não importando a sua orientação sexual, tenham ou não prole, e que buscam a felicidade por intermédio da comunhão de interesses pessoais, espirituais e patrimoniais – mantendo esse vínculo, apoiado na solidariedade, na fraternidade, no respeito mútuo, na lealdade, na sensualidade, na afeição e no amor.¹³

O ilustre doutrinador Moacir César Pena Jr. consegue, ao definir o conceito de família, expressar uma concepção jurídica e sociológica, ao mesmo tempo em que se confraterniza com os princípios constitucionais norteadores do moderno direito de família.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

¹² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

¹³ PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

1.4 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Os arts. 226 e 227, da Constituição Cidadã trouxeram as diretrizes que regulamentam a estrutura, a formação, os direitos e os deveres da família brasileira. Deste modo, vigora o princípio da pluralidade das entidades familiares, a igualdade filial e a isonomia entre o homem e a mulher.

A família passa a ser a instituição capaz de desenvolver o indivíduo respeitando a sua realização pessoal, pois o princípio da dignidade da pessoa humana se torna o norte nestas relações. A busca pela felicidade se torna a mola propulsora do desejo de união afetiva entre pessoas, sejam elas do mesmo sexo ou não, monoparentais, irmandades, e outras.

A proteção do Estado sobre as diversas formas familiares toma maior proporção, pois a família se torna, definitivamente, um complexo formado por sujeitos de direitos e de obrigações. A humanização se sobrepõe aos interesses patrimoniais que predominaram por tanto tempo. A vivência socioafetiva com os filhos se valoriza em detrimento do laço sanguíneo.

A manutenção ou a extinção da família, bem como o planejamento familiar, não obedecem mais a interferências estatais, com exceção dos casos previstos em lei, cabendo ao Estado a função de auxiliar o bom desempenho da família.

1.5 O PERFIL E A FUNÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA

A diversidade das formas de entidades familiares, prevista na CF/88, é o que melhor representa o perfil da família contemporânea. O jornalista Vinicius Boreki escreveu interessante matéria jornalística, para o jornal Gazeta do Povo, intitulada *A nova cara da família brasileira*, na qual ele diz que

(...) as famílias brasileiras estão se transformando. Em 15 anos, entre 1992 e 2007, o número de casais com filhos, o estereótipo da família tradicional, caiu 11,2%. A queda foi compensada pelo aumento dos novos arranjos familiares: casais sem filhos, mulheres solteiras, mães com filhos, homens solteiros e pais com filhos. (...) As famílias são apontadas pelos brasileiros como principais responsáveis por ensinar os valores. A passagem desses conceitos, contudo, independe das diversas e dinâmicas estruturas familiares, pois o afeto é um ponto nevrálgico.¹⁴

¹⁴ BOREKI, Vinicius. *A nova cara da família brasileira*. Gazeta do povo. Londrina, Paraná. Publicado em 27/05/2010. Disponível em:

A família atual está menor, mais aberta e mais diversificada. Pode-se dizer que este perfil começou a ser traçado quando ocorreu a urbanização ao longo do século XX e as mulheres decidiram ter menos filhos.

O uso da pílula anticoncepcional, o aumento da escolaridade e a entrada da mulher no mercado de trabalho contribuíram para esta diminuição da prole. Antes vigorava a família patriarcal; hoje, muitas mulheres são as 'chefes' de suas famílias. Mas se o pai perde determinados espaços, ganha outros extremamente importantes.

A relação deles com seus filhos sofreu mudanças, principalmente, na demonstração de afeto e de carinho físico; hoje, pais e filhos não se envergonham mais de se abraçarem, se beijarem e se acariciarem. Estas mudanças se deram sob novos alicerces; o desejo mútuo de se respeitarem pelo amor presente nesta relação.

Segundo Moacir César Pena Jr. "o novo pai não mais se contenta com a simples condição de provedor dos seus filhos, reivindicando o direito de manter relações afetuosas com eles, e, quando necessário, lutando na justiça para obter a guarda definitiva deles."¹⁵

Há algumas décadas o fim do enlace matrimonial era causa de muita vergonha, discriminação e dor, especialmente, para as mulheres. Dizia-se até que o divórcio, legalizado em 1977, iria acabar com a instituição da família. Agora, as pessoas só permanecem juntas se assim o desejarem.

Apesar das muitas transformações pelas quais a família passou ao longo das décadas, ainda persiste o mesmo sonho: a busca pela felicidade. A forma de se buscar esta felicidade pode até ter mudado, mas a essência não.

A autoridade se faz caracteriza pelo diálogo, pela argumentação e negociação entre os membros das famílias. Se a família é a base da sociedade, pode-se constatar que o desafio maior é conciliar a liberdade de cada um com o respeito às regras básicas de convivência social, e nesse ponto a hierarquia se torna extremamente importante.

A coletividade se valoriza na medida em que a história familiar se apresenta como fundamento da formação da identidade pessoal.

<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1007637&tit=A-nova-cara-da-familia-brasileira>. Acesso em 26 mai. 2010.

¹⁵ PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das famílias doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

O afeto é o fundamento das relações em família. Nesse sentido Paulo Lôbo inova ao trazer a idéia de repersonalização das relações civis. Em linhas gerais, esta repersonalização é a valorização dos interesses da pessoa humana em detrimento das relações patrimoniais, que antes representava a ideia dominante ao tratar de direito de família. O patrimônio regia as relações familiares, relegando a *affectio* ao segundo plano. Mas, definitivamente o alicerce das relações familiares mudou.

(...) a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. (...) A família atual é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. (...) A adoção foi alçada pela Constituição à mesma dignidade da filiação natural, confundindo-se com esta e revelando a primazia dos interesses existenciais e personalizantes.¹⁶

1.6 A FAMÍLIA DECORRENTE DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Ao contrário do que se pode pensar, a união homoafetiva encontra respaldo legal. No que pese à legislação infraconstitucional, o Código Civil de 2002 afirma, categoricamente, que o casamento civil estabelece comunhão plena de vida entre os cônjuges (art. 1.511) e que a união estável é pautada numa convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1.723).

Ao colocar tais mandamentos legais à luz dos princípios constitucionais regentes do novo direito de família percebe-se que a união homoafetiva é, e sempre será, uma entidade familiar legítima.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da cidadania, da ética, da solidariedade familiar, da não discriminação, da liberdade e da pluralidade das formas de família corroboram, juntos, para assegurar aos pares homoafetivos a possibilidade constitucional de reconhecimento desses enlaces como entidades familiares.

Com essa visão de vanguarda, a Procuradora Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira impetrou, em 02 de julho de 2009, ação de descumprimento de preceito fundamental com o objetivo de que o STF declare que

¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13 e 14.

é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A Procuradora defende a tese de que

Se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável.¹⁷

Assim também se posicionam, majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência pátria. A corrente que inclui a união homoafetiva no rol exemplificativo das entidades familiares o faz com fulcro na Constituição Federal de 1988. Analogicamente, apesar de não constar expressamente no texto dos parágrafos 3º e 4º, do art. 226 da CF, a união homoafetiva deve ser reconhecida para que se consolide o Estado Democrático de Direito.

¹⁷ PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Ação de descumprimento de preceito fundamental*, em 02/07/09. Procuradoria Geral da República. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-uniao-entre-pes.pdf>.

2 DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA PESSOA HOMOERÓTICA

2.1 BASES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A proteção constitucional destinada à criança e ao adolescente assenta suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira. Do exercício da dignidade irradiam-se todos os direitos dos seres humanos, especialmente quando este ser encontra-se em processo de desenvolvimento físico, psicológico e social.

Da dignidade, como valor maior, também provém os deveres do Estado, da sociedade e da família a serem dispensados na busca pelo melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Importante ressaltar que todo o rol de direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º, da Lei Magna de 1988, inerentes a qualquer pessoa humana, deve ser observado, aplicando-se à vida dos menores, além dos direitos especiais, próprio da condição de pessoas em processo de desenvolvimento.

Destarte, o Legislador Constituinte Originário, ao promulgar a Constituição Cidadã, considerada uma das mais democráticas do mundo, quis destinar, à criança e ao adolescente, a atenção especial que a condição particular de seres em desenvolvimento merece e editou o art. 227 para impor o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, os elevando, de vez, à categoria de sujeitos de direitos.

2.1.1 Princípio da proteção integral e do melhor interesse

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;

Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências

Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança;

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, 'a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento'.¹⁸

A Convenção Sobre os Direitos da Criança, em seu preâmbulo, expressa, através dos excertos acima transcritos, a vontade e o compromisso da comunidade internacional de assegurar, à criança e ao adolescente, uma proteção especial e integral.

Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 99.710, de 1990. Unida à Constituição Federal Brasileira, essa Convenção foi umas das legislações internacionais que mais influenciou a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, também em 1990.

A Carta Cidadã de 1988, tendo como parâmetro, não especificamente esta Convenção, que lhe é posterior, mas também uma série de pactos e declarações internacionais, deu um grande salto no tocante ao respeito aos direitos da criança e do adolescente, ao positivar, no art. 227, o princípio da prioridade absoluta e melhor interesse dos menores. Assim, o referido artigo constitucional determina que

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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁹

O legislador constituinte, ao determinar à família, à sociedade e ao Estado, o dever de proteção integral à criança e ao adolescente, expressou “a forma de atuação e o conteúdo mínimo do que se deve entender por prioridade absoluta.”²⁰ Portanto, o “princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.”²¹ O princípio da prioridade absoluta é direito e garantia

¹⁸ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, de 20 nov. 1989. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php. Acesso em 3 jun 2010.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006, p. 142.

²⁰ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2009, p. 57.

²¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

fundamental dedicada aos infantes e aos jovens em razão de sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

As crianças e os adolescentes são detentores de direitos especiais próprios dessa fase de suas vidas. O processo de desenvolvimento por que passam, até completarem 18 anos, impõe a observância do melhor interesse destes menores.

O princípio do melhor interesse da criança tem

origem encontrada no instituto inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade de um interesse de uma criança em detrimento dos interesses de um país.²²

A aplicação do melhor interesse dos menores se dá, como se depreende de sua origem, porque o menor se encontra numa fase de fragilidade decorrente de seu processo de amadurecimento e formação da sua personalidade, na qual irá, principalmente, com a ajuda da família, tecer os traços que servirão como base para a constituição da sua identidade como ser humano.

Nesse sentido, Aimberé Francisco Torres defende que este princípio

Está a garantir ao menor sua permanência ao longo de seu desenvolvimento no lar conjugal, do qual deve receber gestos de amor e atenção, reveladores de toda alegria que sua presença possa representar, os quais também irão servir de alicerce de seu sistema de valores e de seu proceder com os demais.²³

O atendimento às necessidades básicas da pessoa em desenvolvimento devem preservar o melhor interesse, se constituindo em proteção integral visto ter importância, também, temporal. O que se viveu ou não, na infância e na adolescência, pertence apenas a este período da vida.

A infância e a juventude não têm volta; se constituem em um conjunto de experiências únicas. O ato de brincar, por exemplo, é defendido como um direito capaz de ajudar na formação psicológica e social da criança, mas só surtirá tal efeito quando praticado nesta fase da vida.

²² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.

²³ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 97.

Só foi possível a entrada deste princípio, na legislação constitucional e ordinária, e seu emprego no seio da sociedade, pela mudança de paradigma que a nova condição jurídica da criança e do adolescente determinou durante as últimas décadas.

Se antes o ser humano, menor de 18 anos completos, era tido como um objeto do direito, isto é, como um ser passivo e subordinado aos direitos dos pais, da sociedade e do Estado, hoje, se encontra no epicentro dos mais diversos ordenamentos jurídicos mundiais, por ter se tornado, finalmente, sujeito de direitos.

Agora, “são eles sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção do Estado. A lógica dos seus princípios é demolidora em relação à doutrina anteriormente (...) denominada de ‘tutelar’ ou ‘da situação irregular’.”²⁴ Percebe-se que houve uma inversão de prioridades. O próprio ‘pátrio poder’, ao transformar-se em poder familiar, transferiu os pólos, pois se aquele existia para a prioridade da função parental, este existe fundado no melhor interesse da prole.

A condição de sujeitos de direitos do infante e do jovem está disciplinada no inciso I, do art. 100, do Estatuto da criança e do Adolescente, *in verbis*: “condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal.”²⁵

A proteção integral e o melhor interesse motivam o caminho a ser seguido pelo Estado na implementação de políticas públicas, dando ênfase à efetiva proteção da pessoa em desenvolvimento e sujeito de direitos.

Esse dever de proteção “deve ser assegurado pela família, sociedade e poder público, na órbita administrativa e judiciária (...), pois o Estado deve priorizar suas ações para atender às necessidades e resguardar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.”²⁶

2.1.2 Direito à convivência familiar e comunitária

²⁴ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73. *Apud* MENDEZ, Emílio Garcia. *In* Infância, Lei e Democracia: uma questão de justiça. Revista da ESMESC, v. 5, Florianópolis: 1998, p. 20.

²⁵ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente: disposições constitucionais pertinentes: lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. *In* VADE MECUM: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1061.

²⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 8 e 11.

O *caput* do art. 227, da Lei Maior, trouxe o princípio da convivência familiar e comunitária. Esta convivência se traduz na existência de laços afetivos que perduram no tempo e no espaço comum, entre pessoas de um grupo familiar. Este conceito está intrinsecamente ligado à concepção de um lar que é o ambiente físico, sede da convivência familiar, onde há a reciprocidade de afeto e proteção, com a consequente solidariedade mútua.

O lar, geralmente representado pela casa, serve de acolhimento ao ser humano, em especial, à criança e ao adolescente, dando unidade a sua personalidade, salvaguardando os interesses da família e a efetivação dos demais direitos reservados aos menores igualmente elencados no art. 227, da CF/88.

Segundo Aimbere Francisco Torres, citando a lição de Viviane Girardi, este princípio “impõe-nos duas ordens de reflexões: a) convivência familiar e comunitária saudáveis à criança e ao adolescente e b) a proibição do abandono familiar e social da criança e do adolescente, chaga social esta com a qual o Brasil parece ter se acostumado a conviver”²⁷

A fim de ampliar o leque de possibilidades de concretização do princípio da convivência familiar, a Lei n.º 12.010/2009, de 03 de agosto de 2009, conhecida como a nova lei de adoção, adicionou parágrafo único ao art. 25, do Estatuto da criança e do adolescente.

O referido parágrafo inovou, ao trazer o conceito de família extensa ou ampliada, para complementar a família nuclear, composta por pais e filhos. Esta família ampliada é composta por parentes que possuem afinidade e afetividade com o menor, como por exemplo, avós e tios. O que se observa é o grau de aproximação afetiva e de convivência que o menor possui com determinados parentes seus.

Estende o campo de atuação do princípio da convivência familiar porque assegura aos pequenos e aos jovens novas e interessantes possibilidades. As decisões judiciais, com fulcro neste conceito de família extensa, podem garantir direito de guarda entre avós e netos, tios e sobrinhos, etc., além do que “a família extensa possui prioridade para acolher o parente na impossibilidade de ser mantido ou reintegrado na família natural ou nuclear.”²⁸

²⁷ TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 98. *Apud* GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 105.

²⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 13.

Como se depreende do ensino de Dimas Messias de Carvalho, o legislador, acertadamente, expande as probabilidades de permanência dos menores no seio de suas famílias de origem, “importando, concomitantemente, em uma cruzada pela desinstitucionalização de crianças e adolescentes.”²⁹

A institucionalização é um evento que deve ser evitado ao máximo, por ser deveras nocivo ao desenvolvimento individual. O lugar natural da criança e do adolescente é a família nuclear.

Excepcionalmente, em casos de abuso e violação do exercício do poder parental, quando a vida e a dignidade do menor estiverem ameaçadas, o menor deve ser integrado, nesta ordem, à família extensa, à família substituta estrangeira, e por fim, esgotadas as possibilidades anteriores, à instituição de acolhimento, os famigerados ‘abrigos’.

Imprescindível ressaltar que o art. 23, *caput* e seu parágrafo único, do ECA, proíbem, veemente, o rompimento dos laços familiares em decorrência da falta ou carência de recursos materiais, quando o núcleo familiar deverá ser incluído em programas oficiais de auxílio. Isto é, a pobreza, de *per si*, não é razão para destituição de poder parental.

A inclusão de crianças e jovens em família substituta, na forma de guarda, tutela ou adoção, permite o exercício do direito fundamental à convivência familiar, pois “o importante mesmo é saber se essa (nova) família é capaz de proteger e sociabilizar suas crianças e seus adolescentes.”³⁰

2.1.2.1 A realidade da criança e do adolescente no Brasil

Como já se disse anteriormente, a colocação em família substituta e a aplicação da medida protetiva de abrigo são alternativas que só devem ser empregadas quando todas as chances de reintegrar o menor na convivência da família natural estejam exauridas. Ademais, a opinião da criança e do adolescente, sempre que possível, deve ser respeitada.

Se a colocação em família substituta é medida que, por mais das vezes, não supre as necessidades da criança por conta da ausência, pelo menos em um

²⁹ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2009, p 57.

³⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 65.

primeiro momento, de afinidade e afetividade, a medida ‘protetiva’ de abrigo se mostra como uma forma anti-social de convivência humana. É a derradeira razão.

Sendo o abrigamento a última chance de intervenção do Estado para atender às crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco pessoal ou social, há um regramento mínimo, em consonância com a proteção integral, a ser observado na aplicação de tal medida.

A nova lei de adoção (Lei n.º 12.010/2009), também tida como a lei da convivência familiar, modificou a redação do parágrafo único do art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o desmembrando em diversos parágrafos. O parágrafo 1º, do citado artigo preceitua que “o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas *provisórias e excepcionais*, utilizáveis *como forma de transição* para reintegração familiar ou, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”.

Depreende-se desta redação legal que a colocação em família substituta e, em especial, a institucionalização, é marcada pelo caráter provisório e excepcional. É excepcional, pois só deve ser utilizada quando esgotadas todas as chances de reintegração à família natural ou substituta.

É provisória porque, pelo menos em tese, deve ser utilizada pelo menor lapso temporal possível, já que é um instrumento de transição para a reintegração familiar.

O abrigamento decorre da mudança de paradigma anteriormente existente quando a institucionalização se dava em favor da sociedade e contra o menor que não eram considerados sujeitos de direito, mas sim “meros objetos da intervenção estatal e controle social destinado às camadas populares, para se apresentar como uma medida de proteção especial.”³¹

Infelizmente, a vontade da lei não encontra alento na realidade. “Segundo o Conselho Nacional de Justiça, há cerca de 4.000 crianças aptas a serem adotadas no país, no entanto, existem 50 mil que vivem em abrigos.”³² Aimbere Francisco Torres traz dados desanimadores.

(...) dos 15% dos brasileiros dispostos a adotar, 32,1% escolheriam crianças de até 6 meses; e 28,2%, de 6 meses a 3 anos. Levantamento realizado pelo Ipea aponta que, entre as crianças nos abrigos, a maioria é de meninos

³¹ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2009, p. 72.

³² *Dia Nacional da Adoção: 50 mil crianças ainda vivem em abrigos*. Publicada em 25 mai. 2010. Disponível em: <http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2010/05/25/dia-nacional-da-adocao-50-mil-criancas-ainda-vivem-em-abrigos.jhtm>. Acesso em: 5 jun 2010.

(58,5%), afrodescendentes (63,6%), na faixa entre 7 e 15 anos de idade (61,3%). A pesquisa constata ainda que o motivo principal para as crianças estarem em abrigos é a pobreza (24,2%), o abandono (18,9%), a violência doméstica (11,7%), a dependência química dos pais (11,4%) e a orfandade (5,2%).³³

Por mais que a instituição e o material humano que ai se encontra, apresente estrutura para um bom desempenho no fim a que se destina, o abandono emocional é a característica que preenche as vidas dos menores usuários destes abrigos. Os sentimentos predominantes são baixa autoestima e descrença num futuro melhor.

Não raro, os menores institucionalizados não acreditam em relacionamentos afetivos, além de ter uma impressão muito negativa de seus pais biológicos, e por que não dizer, da instituição família como um todo.

Neidemar José Fachinetto, citando Wilson Donizeti Liberati, brilhantemente sintetiza numa frase as trágicas conseqüências da institucionalização dizendo “perpetuar a criança na instituição é enterrar-lhe o futuro, é sufocar-lhe o desejo de descortinar horizontes.”³⁴ Assim, a família se torna, com o passar dos anos vivendo nos abrigos, uma meta impossível a ser alcançada.

2.2 BASES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À UNIÃO HOMOAFETIVA

A chegada da Carta Política de 1988 estabeleceu um novo momento histórico na concretização do Estado Democrático de Direito. Instituiu princípios e objetivos fundamentais a serem observados pela República Federativa Brasileira, além dos direitos e garantias fundamentais que, ostensivamente, colocam a pessoa humana no centro das relações jurídicas.

No primeiro artigo da Constituição, ao caracterizar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, assinala-se, no inciso III, a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Já no art. 3º, também da CF/88, ao abordar os objetivos fundamentais da República Brasileira, nos incisos I e IV, determina como fins dessa República a vontade de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de promover o bem de

³³ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 98 e 99.

³⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2009, p. 74. *Apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional: Verdades e mitos*, Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. Brasília: ABMP, 1995. v. 1, p. 21.

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses dois objetivos se complementam com o *caput* do art. 5º, CF/88, que determina a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, inclusive aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Também no art. 4º, da Carta Magna, a República do Brasil determina a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, se ajustando com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, recepcionada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Diante dessa legislação constitucional questiona-se como deve ser enfrentada a situação jurídica das pessoas homoeróticas, bem como as relações decorrentes da união afetiva dessas pessoas. A compromissada Maria Helena Diniz diz que

A união afetiva das pessoas do mesmo sexo é realidade que ainda não mereceu a atenção do legislador pátrio. A omissão é injustificável e afronta escancaradamente um punhado de princípios constitucionais. Um Estado Democrático de Direito não pode desrespeitar seus princípios fundamentais, devendo assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades que consagra, sob pena de comprometer sua própria soberania.³⁵

No mesmo sentido Enézio de Deus Silva Júnior, parafraseando Audrey Setton Lopes Souza, nos informa que

A grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é, justamente, a noção do pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção, a projeto de vidas distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade. É, pois, uma proposta superar uma visão de mundo etnocêntrica, ao reconhecer o direito a projetos de vida alternativos.³⁶

Atualmente, os que defendem a união e a adoção homoafetiva, como também a positivação, no ordenamento pátrio, desses fatos sociais, o fazem com base na Constituição da República Brasileira, em especial com fulcro nos princípios da

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

³⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 74. *Apud* SOUZA, Audrey Setton Lopes. Pensando a inibição intelectual: perspectiva psicanalítica e proposta diagnóstica. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003, p. 96.

dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da livre orientação sexual.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana como valor maior

O princípio da dignidade da pessoa humana é o norte para a concretização do Estado Democrático de Direito, com a pessoa humana como sujeito de direito capaz de validar e dar eficácia a este macro princípio.

Mas, ao analisar as dificuldades existentes para o reconhecimento da condição homoafetiva de uma relação entre duas pessoas e para a possibilidade dessas pessoas adotarem, “torna-se evidente que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana não passa de um sonho de verão, uma vez que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário ainda caminham a passos lentos no que se refere à efetivação dos direitos das minorias.”³⁷

Ao ponderar a dignidade frente às questões, diretas e indiretas, da homossexualidade, percebe-se que a discriminação se impõe e rouba o real valor deste princípio.

A homossexualidade é condição humana das mais remotas, cuja origem se encontra nas mais antigas civilizações, como Roma, Egito, Grécia, etc. Mas, ao contrário do caráter de normalidade que a homossexualidade apresentava, a visão desta característica sexual humana

A partir da Era Cristã, com a sacralização da união heterossexual, a preponderante visão teológica e a influência da lei mosaica (no que tange à máxima bíblica do Crescei e multiplicai-vos), a homossexualidade passou a sofrer fortes pressões, intensificando-se inúmeros ‘preconceitos’ contra o desejo homoerótico no mundo ocidental.³⁸

Desde então, a heterossexualidade se tornou o ‘padrão normal’ a ser seguido, e tudo que não esteja dentro desse arquétipo passa pela pecha de erro, equívoco, pecado, anormal, prejudicial, dentre outros adjetivos que se prestam a ‘qualificar’ a homossexualidade. O senso comum elevou o preconceito desprestigiando o ser humano, seus direitos e seus reais valores.

³⁷ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

³⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 70. *Apud* MOTT, Luis. *Jornal Homo Sapiens – do Grupo Gay da Bahia*, a. II, n. 14, dez. 1999/jan. 2008.

Ao longo dos tempos, a pessoa homoerótica vem sendo desvalorizada e discriminada, reconhecidas socialmente como promíscuas, sujas, pecaminosas. Na perspectiva daqueles que se opõem ao homossexualismo, as pessoas que não se enquadram no padrão heterossexual não são destinatários dos direitos, dos princípios constitucionais, das garantias fundamentais e do ordenamento jurídico como um todo.

A geração atual, embora a passos lentos, presencia o começo da mudança de paradigma, na medida em que as legislações mundiais erguem a dignidade da pessoa humana, ao lado dos direitos humanos, como imprescindíveis, não só para a aplicação do direito, bem como para a concretização da justiça social.

Nesse diapasão, Enézio de Deus Silva Júnior defende, com propriedade, que

A história, a partir de meados do século XX, evidencia uma maior tolerância e razoável respeito aos homossexuais – pelo menos, no mundo ocidental, como reflexo da positivação transnacional dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana, através da proteção ao livre exercício da sexualidade.³⁹

A real observância aplicação do princípio da dignidade humana é o único caminho possível. A falta de regulamentação das uniões homossexuais e da adoção homoparental é incoerente com a Ordem Constitucional, com o avanço jurídico dos direitos humanos, com as inovações dos conceitos de desejo, afeto e sexualidade, com a evolução do pensamento médico científico, todos no sentido de reconhecer a inclinação homoerótica como variante do desejo, afeto e sexualidade humana.

2.2.2 Princípios da igualdade e da liberdade: a livre orientação sexual como um direito fundamental

Para Maria Berenice Dias, ao analisar a omissão constitucional e infraconstitucional quanto a não regulamentação das uniões homoafetivas e da adoção homoparental, o legislador “as considera inexistentes, em total incoerência com os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade.”⁴⁰

³⁹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p 95.

O princípio da igualdade consagra-se em diversas legislações e diz respeito, especialmente, à garantia fundamental inerente ao ser humano, de não sofrer discriminação ou represálias aos seus direitos personalíssimos e às suas características pessoais; tutela, inclusive, o direito à diferença, consolidando a diversidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já no art. 1º, prevê que os seres humanos nascem iguais em dignidade e em direitos, consubstanciando, ainda mais, a igualdade, no art. 2º, ao proibir a distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, ou qualquer outra condição.

Na mesma linha, a Constituição Brasileira, nos arts. 3º, inc. IV, e 5º, *caput*, garantem a igualdade como um direito da pessoa humana, vedando qualquer formato de discriminação. Com arrimo nestas normas internacionais e constitucionais percebe-se, claramente, a proibição de discriminação às pessoas homoeróticas, em virtude de sua orientação sexual.

Mas, em verdade, a igualdade encara grande afronta, no texto da própria CF/88, quando, em seu art. 226, §3º, por exemplo, prevê a diversidade de sexos como pressuposto para o reconhecimento estatal das entidades familiares. Ora, flagrantemente, as uniões homoafetivas encontram-se marginalizadas em relação às uniões heteroafetivas e, “nenhuma exclusão ou marginalização de seres humanos pode ser tolerada”⁴¹

Nesse diapasão, ao dar um tratamento diferente entre pessoas heterossexuais e homoeróticas, o ordenamento jurídico, inclusive na sua omissão, incorre em flagrante prática de discriminação em decorrência da orientação sexual das pessoas, além de demonstrar manifesto atraso nesta matéria.

Se duas pessoas do mesmo sexo, por convicção pessoal, constroem uma relação norteadas pelo afeto, pelo respeito, pela solidariedade e pela busca de uma felicidade mútua, além de desejar perpetrar o exercício da parentalidade como corolário dessa busca íntima, não poderá o Estado e a comunidade negar-lhes o direito constitucional de reconhecimento dessa relação como uma entidade familiar perfeitamente capaz de existir e de coexistir, tanto no mundo dos fatos, como na ordem jurídica.

⁴¹ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57. *Apud* HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: uma nova ideia, muitas vezes*. 3. ed. Aparecida/SP: Santuário, 1998, p. 84-85.

Do contrário, o exercício da cidadania, como elemento de inserção social, restará prejudicado.

Tomando, pois, como pontos de partida os princípios da isonomia e do respeito à dignidade humana, as leis, a jurisprudência, a doutrina e as posturas governamentais, respaldadas no quadro evolutivo dos direitos fundamentais e no seu atual estágio de proteção integral (baseado no paradigma da solidariedade), apontam para a necessidade de os Estados assegurarem a igualdade plena, no plano também material, concreto da existência, mediante o atendimento jurídico e social de seus cidadãos e cidadãs.”⁴²

A isonomia, pois, concretiza-se quando há a possibilidade do exercício das liberdades individuais, sem discriminações. O princípio da liberdade é, de forma ampla, o direito de realizar escolhas, de ter autonomia ao guiar a própria vida, sem interferências de terceiros, da comunidade, nem muito menos do Estado.

Cada um tem o direito a que o Estado não impeça as suas ações e/ou omissões, bem como a permissão para fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, apresente razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo.⁴³

Está intrinsecamente ligado à proibição da violação ao princípio da intimidade. Neste paralelo entre os princípios da liberdade e da intimidade, a liberdade sexual vê-se tutelada, garantindo aos indivíduos o livre exercício da orientação sexual.

No centro de toda a vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale dizer, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua identidade sexual, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e do transexualismo, bem assim da livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles consentidamente, relações sexuais. (...) Integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim de extremá-la não só do seu comportamento, mas de sua aparência e biotípia. Esse componente da liberdade reforça a proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo.⁴⁴

⁴² SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 77.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

⁴⁴ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58. *Apud* LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 277 e 313.

Portanto, o livre exercício da sexualidade efetiva a realização individual. A realização do ser humano como um ser individual e único pode apresentar-se sob diversas facetas. Para alguns a felicidade individual depende da constituição de uma família com pessoa de gênero distinto, outros já preferem a paridade sexual; uns desejam filhos naturais, outros vêm na adoção uma real possibilidade de concretização filial; há, inclusive, aqueles que geram filhos e adotam e outros que se reservam ao direito de não exercer o papel de pai e mãe. O respeito a estas aspirações faz-se mister num Estado Democrático e pluralista.

O respeito à liberdade individual gera a consagração da liberdade coletiva, como princípio constitucional que é, e concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

3 DA ADOÇÃO

3.1 BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO

A adoção é instituto dos mais antigos. Os Códigos de Hamurábi e de Manu já traçavam algumas linhas sobre a possibilidade de continuidade da família através da adoção. Esteve presente na civilização grega, com função de perpetuar o *pater familias* nas famílias sem herdeiros, mas foi no direito romano que a adoção se consolidou.

Segundo Áurea Pimentel Pereira, “nascida com a Lei das XII Tábuas, a adoção conheceu em Roma duas formas primitivas: a *adrogatio* e a *adoptio*.”⁴⁵ A primeira forma acontecia em ato solene, denominado comícios, na presença de representantes do Estado, da religião e do povo e abrangia o adotado e sua família. Já a *adoptio* era a adoção propriamente dita, assemelhando-se a adoção que hoje se conhece, através da qual o adotado, e só ele, deixava o núcleo familiar natural passando a praticar o culto doméstico do adotante.

À época da Idade média, o instituto da adoção deparou-se com notável retrocesso em decorrência da ascensão do Direito Canônico que determinava o sacramento do matrimônio e a família como centro de procriação.

Na Idade Moderna, sob as fortíssimas influências da Revolução Francesa, que revolucionou o mundo não só no direito, como na história, nas artes, nas lutas, o instituto da adoção volta à baila, sendo posteriormente incluído no Código de Napoleão de 1804. Sob esse molde francês, foi seguido no Direito Brasileiro, inicialmente com o Código Civil de 1916, posteriormente com a Lei nº 3.133/57. E, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a adoção no Brasil tomou um rumo positivo, preocupado com a proteção à criança e ao adolescente, tendo sido efetivada com a Lei nº 8.069/90.⁴⁶

Antes da codificação civil de 1916, utilizavam-se, no Brasil, as Ordenações Filipinas como alicerce legal para as questões de adoção, bem como o próprio direito romano que serviu de guia para o disciplinamento do Código Civil Brasileiro em 1916, que buscava atender aos interesses de pais que não podiam gerar filhos.

⁴⁵ PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 133.

⁴⁶ PEREIRA JUNIOR, Marcos Vinicius. *Adoção: Seu contexto histórico, visão geral e as mudanças trazidas pelo Novo Código Civil*. Publicado em 25/04/2007 às 11h06min. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=157>. Acesso em: 11 jun. 2010.

Após o Código de 1916 algumas leis foram editadas; a Lei nº 3.133/1957 alterou o conceito de adoção e lhe atribuiu uma finalidade assistencial. Posteriormente, a Lei nº 4.655/1965 inovou com a criação da legitimação adotiva, sendo seguida pelo antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/1979) que substituiu a legitimação pela adoção plena.

Com o advento da Constituição Brasileira em 1988, que acabou com a diferença existente à época entre filhos naturais e adotivos, do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 e mais tarde, do Código Civil de 2002, a função da adoção rompe definitivamente com a ideia de suprir a necessidade filial de casais estéreis que viam neste instituto a possibilidade de continuidade da família e de seus cultos domésticos.

Diametralmente, esses novos mandamentos erigem a função social da adoção e o melhor interesse da criança e do adolescente como fontes imediatas deste ato de amor.

Recentemente, ainda com fulcro nas bases constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e levando-se em conta a realidade dos menores no Brasil, o Poder Legislativo editou a Lei nº 12.010, em 03 de agosto de 2009, conhecida como a 'nova lei de adoção' ou até mesmo 'lei do direito à convivência familiar', que alterou diversos dispositivos do ECA, do Código Civil e até da CLT.

Esta lei buscou melhor sistematizar a aplicação do princípio da convivência familiar e comunitária inerente aos direitos dos menores, erigindo o papel da família socioafetiva, mas observando a prerrogativa da família natural e o instituto da adoção no Brasil.

Apesar da edição desta norma ter sido muito festejada recebeu também severas críticas por algumas omissões legislativas cometidas, em especial, quanto a possibilidade jurídica de adoção por pares homoafetivos.

Após a edição da Nova Lei de Adoção, o instituto passou a ser disciplinado nos arts. 39 ao 52-D, do ECA, além dos arts. 1.618 e 1.619, Código Civil de 2002 e, claro, do § 5º, do art. 227, da Constituição.

3.2 CONCEITO

Para Maria Helena Diniz “a adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual (...) alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco

consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação.”⁴⁷ Depreende-se que a adoção se dá no campo da afetividade e do amor construídos na convivência.

Destarte, a adoção é “ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral (...) é indisponível, não pode ser revogada (...) nem exercido por procuração.”⁴⁸ É, pois, matéria de ordem pública, ou seja, de interesse geral, e de natureza institucional, se contrapondo, em razão do preceito constitucional do art. 227, § 5º, ao caráter meramente contratualista e civilista que antes preponderava.

De acordo com o § 1º, do art. 39, do ECA, por ser medida excepcional e irrevogável, só se deve recorrer à adoção quando esgotadas as possibilidades de manutenção e reinserção do infante e do jovem na família natural ou extensa.

Na verdade, o conceito de adoção se liga, intrinsecamente, ao da socioafetividade. Principalmente após a chegada da Constituição atual, o Direito de Família e seus institutos passaram a se orientar pelo princípio da afetividade, valorizando os laços de convivência e afinidade entre as pessoas.

Assim sendo, a adoção pode, além do conceito jurídico, ser compreendida como um ato de amor, de entrega afetiva, entre pessoas que desejam encontrar a felicidade. Esta busca pela felicidade, quando se trata de pessoa em desenvolvimento, cuja formação da personalidade depende de orientação, se perfaz dentro da família.

O ato de adotar é capaz de preencher a vida das pessoas, bilateralmente, já que proporciona a felicidade de pais e milhares de crianças e adolescentes que sonham com um verdadeiro lar.

3.3 REQUISITOS

Carlos Roberto Gonçalves elenca os seguintes requisitos para a adoção: “idade mínima de 18 anos para o adotante; diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado; consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 483.

⁴⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

se deseja adotar; concordância deste, se contar mais de 12 anos; processo judicial; efetivo benefício para o adotado.”⁴⁹

A idade mínima do adotante, 18 anos, corresponde à maioridade civil quando a pessoa se torna plenamente capaz e responsável por seus atos. No caso de adoção conjunta (adotantes casados civilmente ou em união estável - § 2º, art. 42 – ECA), pelo menos um dos adotantes deve contar com 18 anos no momento do pedido de adoção.

A diferença de idade mínima de 16 anos entre adotante e adotado é assim por que “é imprescindível que o adotante seja mais velho para que possa desempenhar cabalmente o exercício do poder familiar”⁵⁰, além do que a adoção imita a natureza na qual é impossível um filho com idade igual ou superior à dos pais.

O consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar e deste, no caso de possuir mais de 12 anos de idade é indispensável, pois a adoção extingue o vínculo biológico. Só pode ser dispensado se os pais forem desconhecidos ou estiverem destituídos do poder familiar. A anuência, tanto dos pais ou representantes, como do adotando maior de 12 anos, deverá ser feita na presença do juiz.

Pela sua natureza complexa a adoção é ato que só se efetiva através de decisão judicial. Assim, só por meio de processo judicial é possível alguém adotar outrem; só a sentença judicial é capaz de gerar o vínculo da adoção.

Este requisito decorre da natureza jurídica de *múnus público* que tem a adoção, porquanto as normas que a disciplinam são de ordem pública. Como em todos os atos judiciais envolvendo menores de 18 anos, a adoção só se aperfeiçoa com a presença do Ministério Público em todo o curso da ação.

O estágio de convivência é um período anterior ao deferimento judicial da adoção no qual o juiz fixa prazo para que as partes, futuros pais e futuros filhos, coexistam. Oferece melhores condições de avaliação à viabilidade da adoção, ou não, da adoção.

Leciona José Luiz Mônaco da Silva que o estágio de convivência “persegue uma única finalidade: apurar, depois de decorrido certo lapso de tempo, se o

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 354.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 488.

adotante e o adotando se adaptaram mutuamente (...) é um período de prova tendente a detectar se o relacionamento entre ambos vingou satisfatoriamente.”⁵¹ A fim de definir se a finalidade do estágio de convivência foi alcançada haverá acompanhamento de equipe interprofissional que apresentará relatório minucioso acerca da convivência do deferimento da medida.

O estágio de convivência só é dispensado quando o adotando já está sob guarda ou tutela do adotante por tempo suficiente que possibilite a avaliação da constituição do vínculo. Mas a guarda nem sempre autoriza a dispensa do estágio. O estágio de convivência, no caso de adoção internacional, deverá ser cumprido no Brasil, por período mínimo de 30 dias.

A adoção, na acepção principiológica do melhor interesse da criança e do adolescente, bem na condição do infante e do menor como sujeitos de direito, só se concretizará para o efetivo benefício para o adotando. Na quase totalidade dos casos de adoção, as crianças e adolescentes que estão passando por este processo têm histórias de vida na qual predomina fatores e fatos degradantes, humilhantes e traumatizantes.

Não raro, o que se tem são casos de abandono, maus tratos, situações reais de risco à integridade física, moral e psicológica desses pequenos. Obstante, levando em consideração essas histórias e vivências, não seria justo nem lícito conceder adoção quando esta não é capaz de beneficiar, no sentido de melhorar, as condições de vida do adotando.

3.4 PESSOAS QUE PODEM ADOTAR E PESSOAS QUE PODEM SER ADOTADAS

O art. 42, do ECA, predispõe, como regra geral, que podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do Estado Civil. A diminuição da idade mínima para adotar se relaciona com a idade da maioridade civil. Quando requerida por única pessoa, independente do estado civil, o deferimento da adoção forma família monoparental.

Mas, se a adoção for conjunta é necessário comprovar-se o matrimônio ou a união estável, além da estabilidade da família. Mas se o adotando já estiver em patente desenvolvimento do estágio de convivência iniciado na constância da união,

⁵¹ SILVA, José Luiz Mônico da. *A família substituta no ECA*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 120.

sob a guarda do casal, a autoridade judiciária pode prescindir da comprovação da vigência do casamento ou da união estável.

Segundo Maria Helena Diniz “o marido não pode adotar a mulher, ou vice-versa, porque implicaria matrimônio entre ascendente e descendente, ou serem adotados pela mesma pessoa, pois passariam a ser irmãos, importando impedimento para o casamento.”⁵²

Importante ressaltar que não podem adotar os irmãos e os ascendentes do adotando. “A adoção pelo avô ou irmão importa desvirtuamento do instituto e confusão no parentesco, pois o filho passaria a ser irmão do pai ou da mãe, cunhado do outro genitor ou sobrinho dos pais.”⁵³ Da mesma forma, não pode adotar o pai ou a mãe que reconheceu o filho, posto que já detentor do poder familiar.

Quanto aos divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros, o § 4º, do art. 42, do ECA, podem adotar desde que preexista um estágio de convivência iniciado antes da dissolução da sociedade conjugal e que haja acordo entre os adotantes quanto ao tipo de guarda a ser abraçada e o direito de visitas.

A existência de vínculos de afetividade, entre o adotante que não detém a guarda e o adotando, também é necessária para a concessão da adoção. Nestes casos excepcionais, após o deferimento da adoção, o juiz, avaliando a possibilidade de concessão de guarda compartilhada deverá fazê-lo em favor do efetivo benefício desta medida ao adotando.

Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado (art. 43, ECA). Assim, tutor ou curador só podem adotar o tutelado ou curatelado depois de prestadas as contas.

Caso singular pode ocorrer quando o adotante falece no curso do processo. É a adoção *post mortem*. Se este adotante já houver demonstrado inequívoca vontade de adotar (art. 46, § 6º, ECA) o juiz pode prolatar sentença favorável.

Não há previsão legal para se adotar nascituro, previsão que existia no antigo Código Civil de 1916. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves mencionando Antônio Chaves, a adoção de nascituro seria um “contra senso do ponto de vista humano e legal (...) porque a ninguém deveria ser facultado adotar uma criatura que ainda não nasceu (...) já que a adoção fica condicionada a acontecimento futuro e

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 488.

⁵³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 33.

incerto.”⁵⁴ Ademais, pela legislação civilista brasileira, a condição de pessoa do nascituro só se concretiza após o nascimento com vida e, assim, seria juridicamente ilógico criar-se expectativa de adoção sob condição (nascer com vida) que foge do controle humano.

3.5 EFEITOS DA ADOÇÃO

Com o trânsito em julgado da sentença constitutiva, a adoção produz efeitos pessoais e patrimoniais. Os efeitos de alcance pessoal são três e dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome. Já quanto aos de ordem patrimonial há duas possibilidades: efeitos concernentes aos alimentos e ao direito sucessório.

3.5.1 Efeitos de ordem pessoal

A adoção suscita um novo parentesco entre adotando e adotante, chamado de parentesco civil, em razão da socioafetividade. A adoção “atribui ao adotado a condição de filho do adotante, sem qualquer distinção dos demais filhos”⁵⁵ como preceitua o § 4º, do art. 227, CF/88. Há o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 41, ECA).

Segundo Maria Helena Diniz “os vínculos de filiação e parentesco anteriores cessam com a inscrição da adoção no Registro civil. Nem mesmo a morte do adotante restabelecerá o poder familiar dos pais naturais.”⁵⁶ Isso se dá porque a adoção imita a estrutura familiar. Nesse sentido, é importante mencionar que o novo parentesco do adotado se estende aos descendentes do adotante e a todos os seus parentes.

A única exceção à regra de desligamento do adotado à família de origem se dá na hipótese de um dos cônjuges ou companheiros adotar o filho do outro e,

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família*. V. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 354. *Apud* CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 165.

⁵⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 41.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 494.

nesses casos, os laços biológicos são mantidos.⁵⁷ Isso é óbvio porquanto o que se tem é uma adoção unilateral.

Outro efeito do trânsito em julgado da sentença de adoção é a sua inscrição no registro civil a fim de “consignar os nomes dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes. (...) O intuito é fazer com que caia no esquecimento a paternidade biológica e haja uma integração total do adotado na família.”⁵⁸ Dessa forma, obedece-se ao princípio constitucional da igualdade filial que veda qualquer distinção entre os filhos, independente da forma como estes filhos se integraram às suas famílias.

Com o parentesco gerado pela adoção, o novo filho fica sujeito ao poder parental dos novos pais. “O poder familiar mesmo com a morte, interdição ou ausência do adotante não se restaura em favor do pai natural, pois o adotado, sendo menor, ficará sob tutela.”⁵⁹ Ora, se agora o adotado é, de fato e de direito, filho do adotante, há a transferência de todos os direitos e deveres dos pais naturais para os pais adotantes, inclusive os do poder familiar.

Como consequência jurídica, também o nome do adotado deverá mudar, assumindo os sobrenomes dos novos pais, que podem, inclusive, a pedido, modificar também o prenome.

O nome incorpora-se ao do adotado por ser direito da personalidade e transmite-se aos seus descendentes. Em vista do § 6º, do art. 227, CF/88, que veda a discriminação filial, se os adotantes já possuírem filhos biológicos ou adotados, o sobrenome do novo adotado deve assemelhar-se com o dos seus irmãos.

3.5.2 Efeitos patrimoniais

A criação do novo parentesco suscita o estabelecimento do princípio da solidariedade familiar, que impõe aos entes familiares a obrigação mútua de assistência.

Desse modo, os pais adotantes devem alimentos ao adotado, enquanto menor e enquanto maior se impossibilitado de prover seu próprio sustento, da

⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. V. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 359.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: direito de família*. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 495.

mesma forma que os pais biológicos o deviam. Bem como os filhos adotados quando capazes deverão prestar a mesma assistência aos seus pais.

Em face da igualdade filial do mencionado § 6º, do art. 227, CF/88, também é conferido aos filhos adotados o direito sucessório, concorrendo em igualdade de condições com os filhos consanguíneos ou anteriormente adotados.

A prestação alimentar e o direito sucessório se estendem não só ao adotante, como também aos seus parentes. Na mesma medida, os direitos e deveres familiares do adotado também abarcam os parentes dos adotantes.

São benefícios legais, o salário maternidade, benefício previdenciário e licença maternidade, permitindo à adotante dispor de um período maior para conviver e estreitar os laços de afinidade com o filho adotivo, construindo sua estrutura social e emocional, e se identificando como a pessoa que preenche suas necessidades psicológicas e naturais, construindo a figura da mãe. Injustificadamente não é concedido o benefício da licença paternidade ao adotante.⁶⁰

Destarte, além dos efeitos pessoais e patrimoniais gerados pela adoção, a lei confere benefícios que envolvem o adotante e o adotado.

3.5.3 Irrevogabilidade, readoção e invalidação

Em consonância com o § 1º, do art. 39, a adoção é irrevogável. A irrevogabilidade se opera após o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção. Mas, no curso da ação, podem os pais biológicos e os responsáveis legais, além do próprio adotando (quando maior de 12 anos) arrependerem-se e revogar o consentimento.

No entanto, a lei não proíbe a readoção. Apesar de raramente ser notada, a readoção consiste na adoção de pessoa que já passou por anterior e análogo processo de adoção. É possível, desde que observados todos os requisitos implicados à adoção precedente, como o consentimento dos pais afetivos e do adotando, se for o caso.

Deste modo, com a nova sentença de adoção se operará todos os efeitos legais, tal qual se deu com a adoção prévia.

⁶⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 49. Apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 441-442.

Como já foi dito, a adoção é irrevogável. Mas, em decorrência de fatores diversos, a doutrina e a jurisprudência admitem a invalidação da adoção. Esta invalidação consiste, no dizer de Paulo Lôbo, numa medida excepcional em que se dá a dissolução da adoção.⁶¹ Para Dimas Messias de Carvalho existe a

Possibilidade jurídica de invalidação da adoção, em abstrato, no caso concreto, quando é extremamente prejudicial ao adotado em razão de fatos posteriores, atingindo direitos fundamentais, cabendo ao julgador a releitura do texto legal sobre a *mens legis*, porque a finalidade da norma não é ser dura, mas justa.⁶²

Diversos fatores concorrem para a possibilidade de se aplicar a invalidação da adoção. A análise das peculiaridades do caso concreto é determinante, além da observância dos princípios constitucionais vigentes.

3.6 ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional é aquela postulada por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do Brasil (art. 51, ECA).

A Lei n.º 12.010/2009 trouxe diversas modificações no tocante à adoção por estrangeiros. As mudanças se deram com fulcro na excepcionalidade da concessão da adoção a pessoas estrangeiras.

“Somente será deferida na impossibilidade de colocação da criança ou adolescente em família substituta residente no Brasil e a pessoa ou casal que esteja devidamente habilitado pela Autoridade Central estadual (CEJA).”⁶³ Obedece, portanto, a prerrogativa de se tentar manter a criança e o adolescente no convívio da família natural, ou extensa, e na impossibilidade deve-se atender à sequência de colocação em família substituta brasileira, e só em último caso, em família substituta estrangeira.

Além da formação de personalidade do indivíduo depender da base familiar, insito é que a identidade nacional e cultural são fatores determinantes da individualidade da pessoa humana.

⁶¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.268.

⁶² CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 42.

⁶³ *Idem. Ibidem*, p. 54.

Por isso, se prefere manter o infante e o jovem em seu país de origem, mas, na impossibilidade e obedecida todas as prerrogativas legais e processuais ensejadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além do princípio do melhor interesse do menor, a adoção internacional é de muita valia para se dar uma família e um lar aos milhares de brasileiros que esperam por essa chance de concretizar sua dignidade humana.

4 DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

A pluralidade familiar, constitucionalmente prevista, possibilita a existência e a tutela de diversos tipos de modelos familiares. A denominada família homoafetiva, composta por duas mulheres ou por dois homens, é modalidade já consolidada no mundo dos fatos. Infelizmente, a omissão legislativa relega estas relações à insegurança jurídica, descumprindo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Neste campo, os pares homossexuais, além de desejarem ter suas relações juridicamente consolidadas, almejam complementar a felicidade com a realização do sonho de serem pais.

A paternidade/maternidade perseguida por pessoas homoeróticas se constitui em questão das mais polêmicas, dividindo opiniões nos mais distintos setores da sociedade. Ao aventar a homoparentalidade, os futuros pais/mães, por mais das vezes, vêm na adoção uma alternativa plenamente viável de concretização desse sonho. Contudo, igualmente à união homoafetiva, a adoção por pares homoeróticos não encontra respaldo legal próprio capaz de assegurar tais direitos.

Na realidade factual, a adoção monoparental homoafetiva não encontra óbice, já que o ECA assevera a adoção unilateral, em seu art. 32, ao dispor que podem adotar os maiores de 18 anos, independente do estado civil. Bem se nota que o estatuto não faz referência à orientação sexual do adotante.

Essa é, atualmente, a alternativa mais utilizada pelas pessoas homoafetivas, mesmo quando possuem companheiro estável, na tentativa de efetivar a adoção. Ultimamente, devido a um começo de mudança de paradigma, os pares homossexuais começam a reivindicar a adoção conjunta.

A despeito da covardia legislativa, o Poder Judiciário é apontado como um dos setores estatais que, mui corajosamente, vem contribuindo para esta mudança. Já há, em vários estados brasileiros, jurisprudências que concederam a pares homossexuais a adoção conjunta.

A base legal, jurídica e sociológica que fomenta essas decisões é nobre, pois encontra fulcro na Constituição Federal Brasileira, em especial no art. 227, que edifica o princípio mundialmente reconhecido da proteção integral da criança e do adolescente.

Uma sociedade que se qualifica como justa e democrática, mas não sabe, não quer e/ou não consegue oferecer proteção especial à criança e ao adolescente, não pode evoluir.

O brocardo popular ‘as crianças são o futuro de um país’, apesar de simples, é inteligente. Reflete uma perspectiva precisa: um país que não valoriza a infância e a juventude não tem futuro.

Nesse contexto, as aspirações de milhares de brasileiros institucionalizados, implorando por uma família e um lar, se confluem com o sonho de milhares de famílias homoafetivas que esperam ardentemente ter alguém para amar, educar, chamar de ‘meu filho’. Alguém a quem poderão acarinhar e dividir experiências, dividir vidas. Alguém a quem poderão dar vida nova, repleta da proteção integral assegurada pelo Estado Democrático de Direito.

4.1 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL HOMOAFETIVA

Ao longo do tempo, as dificuldades advindas do preconceito e discriminação sofridos pelas pessoas homoeróticas fizeram com que, na dificuldade de concessão de adoção conjunta, optassem por uma solução jurídica que os ajudasse a constituir uma família completa através da filiação.

A solução encontrada foi a habilitação de apenas um do par com a omissão da orientação sexual homoerótica e, principalmente, a supressão da existência de união homoafetiva. Para todos os efeitos legais, ao conceder a adoção, o Estado-juiz, através da sentença constitutiva de adoção, está dando ensejo à formação de família monoparental, uma das formas de família expressamente elencada na Carta Política de 1988 (art. 226, § 4º).

Mesmo quando o adotante declara sua homossexualidade os juízes vêm concedendo, sem maiores problemas, a adoção com fundamento no art. 32 do ECA, que não elenca a orientação sexual como pressuposto para a concessão da adoção. Isto nem poderia ser diferente com vistas a confrontar o princípio da liberdade que assegura a livre orientação sexual às pessoas.

Nesse sentido, Aimberé Francisco Torres descreve um caso em que, dentre outros já existentes, “a decisão do juiz da vara da Infância e Juventude da Comarca

de Taubaté, no Estado de São Paulo, conferiu a adoção a uma mulher homossexual, sendo a sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.”⁶⁴

Na vida prática, o adotado convive com duas pessoas, às quais reconhece como seus pais/mães. Segundo Maria Berenice Dias, esta é uma proteção que desprotege porque

(...) mesmo tendo dois pais, por ter sido adotado somente por um, o filho desfruta do direito de alimentos, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, exclusivamente com relação ao adotante. Assim, quando da separação dos parceiros, ou se ocorrer a morte do que não é legalmente o genitor, não pode o filho pleitear qualquer direito daquele que também reconhece como verdadeiramente sendo seu pai ou sua mãe. E mais: falecendo o adotante, o adotado resta órfão, não havendo qualquer vínculo com quem não é o pai ou a mãe registral. Essas circunstâncias acarretam injustificáveis prejuízos.⁶⁵

Além do mais, salienta Maria Berenice Dias parafraseando Edenilza Gobbo que “acabam as crianças impedidas de pertencer às duas linhagens familiares das quais fazem parte, desde quando a parentalidade foi planejada ou vivenciada em conjunto.”⁶⁶

Na verdade, o que se tem é a negação de filiação socioafetiva entre o parceiro (a) do adotante e o adotado. Para o adotado não há diferença de parentalidade entre o adotante e o seu parceiro ou parceira, logo ambos são seus pais/mães.

Mas, este pensamento jurídico e social predominante passa por metamorfose. Nesse contexto, o caso do filho da falecida cantora Cássia Eller abriu corações e mentes ao emocionar todo o Brasil com o drama da disputa de sua guarda entre a companheira da cantora e seu avô biológico materno, como relata a revista eletrônica crescer:

Maria Eugênia Vieira Martins é hoje uma mãe aliviada. Em 31 de outubro do ano passado conseguiu a tutela definitiva de Francisco, filho biológico de Cássia Eller e de Otávio Fialho, ex-baixista da banda da cantora. (...) O pai de Cássia, o sargento aposentado Altair Eller, reivindicou a guarda do neto e, no fim, entrou em acordo com Eugênia. O entendimento permitiu uma decisão ousada da Justiça, reconhecendo, assim, as novas formações da

⁶⁴ TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 217.

⁶⁶ *Idem*. *Ibidem*, p. 217. *Apud* GOBBO, Edenilza. A adoção por casais homossexuais. *Revista Consulex*, Brasília, n. 47, nov. 2000.

família brasileira. Uma mulher homossexual teve garantido o direito de ser mãe, ainda que não tenha gerado o próprio filho.⁶⁷

O caso de Maria Eugênia e Chicão teve grande repercussão na mídia nacional. Verificou-se, felizmente, que a sociedade brasileira, considerada em todos os setores, apoiou a decisão do juiz Luiz Felipe Francisco, da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões, no estado do Paraná, que amparou sua decisão muito mais nas evidências do que na omissão da lei. Sem medo de inovar, o eminente magistrado obedeceu a Lei Maior e efetivou o princípio da proteção integral, culminado com a efetivação do melhor interesse da criança.

4.2 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR FAMÍLIA BIPARENTAL HOMOAFETIVA

Nas discussões acerca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos da personalidade o princípio da dignidade da pessoa humana é capaz de justificar as inovações sociais e jurídicas que são necessárias ao longo dos tempos.

O princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente solicita, numa visão mais acurada, que o Estado, a sociedade e a família potencializem a dignidade já assegurada também aos menores no art. 1º, da CF/88.

A possibilidade jurídica de adoção conjunta por par homoafetivo encontra sua razão de ser nestes dois princípios constitucionais. Percebe-se, felizmente, que os argumentos favoráveis a este tipo de adoção têm respaldos fortes e tangíveis.

A inteligência do art. 43, do ECA, predispõe o deferimento da adoção à presença de reais vantagens para o adotando. Nesse sentido, para se entender melhor a abrangência dessas reais vantagens Aimberé Francisco Torres ao citar Fernando Freire disserta que

De todos os sistemas alternativos de proteção às crianças e aos adolescentes abandonados, a adoção é o único que cumpre com todas as funções da relação filial (...) colabora amplamente na internalização do

⁶⁷ *Minha luta por Chicão*. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Crescer/0,19125,EFC464801-2213-1,00.html>. Acesso em: 14 jun. 2010.

sentimento de autoestima, chave para o processo de desenvolvimento de uma personalidade sadia e construtiva.⁶⁸

O instituto da adoção veio para consagrar o princípio da proteção integral. É uma modalidade jurídica que visa assegurar aos adotados seus direitos em situações em que a convivência familiar constitucional acha-se prejudicada ou inexistente.

No anseio de constituição familiar na qual os sentimentos de amor, carinho, compreensão e solidariedade, além de trocas de experiências diversas capazes de concretizar a afetividade inerente ao ser humano combinados com as reais vantagens que uma adoção possa trazer para o adotando (art. 43, ECA) casais homoafetivos podem ter seus pedidos de adoção deferidos pela justiça brasileira.

Nesse sentido Maria Berenice Dias acrescenta que “na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo Estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens para o adotando”.⁶⁹

A tese consubstanciada no art. 43, do ECA, já é, por si só, outro fundamento legal que justifica a possibilidade de concessão de adoção a pais/mães homossexuais.

Além, apesar de não ser o objeto aqui específico defendido, ao considerar a homoparentalidade Maria Berenice Dias novamente acrescenta que

A restrição à homoparentalidade afeta o mais sagrado de todos os direitos fundamentais, o direito da personalidade, no qual está inserido o direito de ter filhos, pois a maternidade e a paternidade fazem parte do ideário humano, de seu espectro de realização como seres humanos.⁷⁰

Os direitos da personalidade não dependem de consagração legislativa. Assim, a recusa de reconhecer o exercício desse direito homoparental pelo legislador ou até mesmo pelo judiciário afronta a Constituição Brasileira, como assevera Aimberé Francisco Torres ao afirmar que

O pluralismo e os princípios da igualdade, da não discriminação, do respeito à dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do

⁶⁸ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p.116. *Apud* FREIRE, Fernando. *Abandono e adoção II*. Curitiba: Terre dês Hommes, 1991, p. 7.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 214.

⁷⁰ *Idem. Ibidem*, p 211.

adolescente, interpretados em face das normas constitucionais e infraconstitucionais, estão a conferir aos pares homossexuais legitimidade à adoção, notadamente em um país miserável como o nosso, pois retira o menor da marginalidade, dando-lhe um lar cercado de afeto e de atenção.⁷¹

Ademais, a orientação sexual de um indivíduo não pode, jamais, ser um indexador de consecução de tutelas jurídicas ou sociais.

Nessa acepção, Maria Berenice Dias aponta que “tendo a afetividade edificante e os reais interesses do adotado como norte, não cabe distinguir a orientação dos conviventes homossexuais que pleiteiam juntos a adoção, pois tal diferenciação não é feita pela legislação.”⁷²

As normas, e principalmente os preceitos constitucionais, devem ser interpretados de maneira que possam se adequar às transformações impostas pelo avanço da sociedade, pois o sistema jurídico necessita harmonizar-se com o realismo social já que a eficácia da norma está atrelada ao seu conformismo com as inovações observadas ao longo do tempo.

4.3 DAS RAZÕES CONTRÁRIAS À ADOÇÃO HOMOAFETIVA: DESFAZENDO ALGUNS MITOS

A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais ainda gera muita polêmica porque as visões da sociedade ainda estão eivadas de preconceitos que levam à formação de um senso comum que consolida mitos.

Ao considerar a homoparentalidade surgem diversas questões contrárias às quais podem facilmente ser refutadas à luz da psicologia, da medicina, da sociologia e do próprio direito.

Dentre estas acepções opostas, as que mais se destacam são as que defendem que as crianças adotadas por homossexuais irão crescer desajustadas e sem referenciais claros de gênero, que elas serão necessariamente homossexuais quando adultas e finalmente que os adotados sofrerão repúdio social.

A primeira, e mais interessante tese, considera que ao exercer a homoparentalidade os pais/mães dos adotados não serão capazes de criar seus filhos adequadamente de maneira a transformá-los em seres humanos

⁷¹ TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

⁷² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 218.

psicologicamente desorientados e desajustados devido, especialmente, à orientação sexual dos adotantes. Nada mais equivocado e descabido.

Enézio de Deus Silva Júnior combate esse mito ao dizer que “a relevância do afeto e da sólida estrutura emocional, como os elementos indispensáveis e preponderantes ao pleno ou saudável desenvolvimento da prole”⁷³ se sobrepõe à interferência que a orientação sexual exerce sobre os filhos.

Os estudos modernos apontam a homossexualidade como uma condição e não uma opção da pessoa. Na verdade essa condição ainda tem sua origem desconhecida pelas ciências que se debruçam sobre o tema, já que estudos apontam que o ambiente cultural, as vivências diversas ou mesmo a orientação sexual dos pais não são capazes, pelo menos sozinhas, de determinar se uma pessoa será ou não homossexual. Assim, a contribuição das famílias ou da educação é mínima.

Enézio de Deus Silva Júnior continua surpreendendo ao afirmar, numa lógica muito simples, que “se o direcionamento e a movimentação dos desejos fossem controláveis (uma simples questão de opção) ou oriundas do exemplo (da educação dos pais), todos os filhos de casais heterossexuais, sem dúvida, vivenciariam a heterossexualidade.”⁷⁴ Só com a cortina da discriminação a obscurecer a visão é que não se entende dialética tão inteligente.

Na verdade, o que realmente importa no processo de desenvolvimento da prole é a habilidade dos pais em assegurar aos filhos um ambiente familiar estável, educativo e seguro, no qual as crianças e adolescentes possam desenvolver suas particularidades sempre sob a responsabilidade paterno-materna.

Assim, o que deve ser observado não é o núcleo de formação da família, mas sim a habilidade que essa família tem de proporcionar o desenvolvimento da individualidade do adotado enquanto pessoa. Se a família apresenta uma dinâmica equilibrada não importará como essa família é definida, se apresenta um pai e uma mãe, ou apenas um deles, ou se conta com duas mães ou dois pais.

Nesse contexto, mesmo que se admitisse a possibilidade de traumatização ou desequilíbrio em crianças que convivem com pais/mães homoafetivos, a adoção

⁷³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 122.

⁷⁴ *Idem. Ibidem*, p. 127.

homoafetiva ainda seria mais vantajosa para a criança já que o trauma do abandono é o maior dos traumas.

Outra tese bastante aventada pelos que são contrários à adoção por pares homoafetivos afirma que as crianças e adolescentes que convivem com pais homossexuais sofreram para diferenciar os gêneros e que tendem a ser homossexuais também.

Ora, como já explicado neste trabalho se filhos de pessoas homossexuais serão necessariamente homossexuais, como explicar que filhos de pais heterossexuais sejam homossexuais. A influência dos pais na definição da condição sexual é apenas um fator que poderá somar, mas nunca determinar a condição homossexual ou heterossexual.

Maria Berenice Dias citando Elizabeth Zambrano explica que

A ausência de pais de dois sexos não influencia o desenvolvimento da identidade sexual e psicológica dos filhos. O modelo de identidade das referências femininas e masculinas não fica prejudicado, pois é exercitado pela presença dos demais adultos envolvidos na vida da criança, como avós, professores, tios e amigos dos pais/mães. As crianças não fazem confusão sobre o sexo/gênero dos genitores, não sendo o aprendizado das diferenças sexuais prejudicado em razão de serem criadas por famílias homoparentais.⁷⁵

Deste modo, é importante também trazer à baila que atualmente, com as metamorfoses sociais observadas no seio familiar, os pais, inclusive heterossexuais, se revezam nas obrigações paternas e maternas diminuindo cada vez mais a diferenciação existente entre tarefas masculinas e femininas.

Enézio de Deus Silva Júnior discute o papel de pai e de mãe assegurando que “todas as pessoas, *a priori*, são capazes de desempenhar, com eficiência, os papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou om outro.”⁷⁶ A função que cada pai/mãe exerce é muito mais importante do que o sexo em si, já que as funções que desempenham independe do gênero sexual.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 221. Apud ZAMBRANO, Elizabeth. *Adoção por homossexuais*. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (org). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007.

⁷⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 132.

Outro ponto tormentoso para aqueles que se opõem à adoção homoafetiva biparental é o repúdio social que poderá enfrentar o adotado.

Descabido e nefasto, tal argumento apenas denuncia a base de todos os argumentos contrários a este tipo de adoção, qual seja o preconceito. A questão posta se concretizará na medida em que a sociedade continue com medo de inovar, deixando-se guiar por sentimentos preconceituosos e impregnados de discriminação.

O eventual repúdio às crianças e adolescentes adotados por pares homoafetivos refletiria a existência de um ciclo funesto no qual o preconceito desrespeita normas constitucionais mandamentais de proibição de discriminação de qualquer ordem.

Desta forma, o repúdio, aos homossexuais, aos adotados ou ao próprio instituto da adoção homoparental, não é em si o cerne do problema, mas sim a consequência que deflagra a falta de justificativa razoável para o indeferimento deste tipo de adoção.

Ao se livrar destes e de outros mitos que ainda permeiam a mente de diversas pessoas, a sociedade como um todo poderá enxergar o que muitas pesquisas e profissionais de diversas áreas já sabem: a adoção por pares homossexuais não acarreta prejuízos aos adotados, muito pelo contrário.

Segundo Enézio de Deus Silva Júnior, ao citar Francisco Fernandes,

Em 2002, a Associação Psiquiátrica Americana e a de Médicos de Família, juntamente com a Academia Americana de Pediatria recomendaram a adoção *gay* após a divulgação de pesquisas que comprovavam que filhos de pais *gays* ou mães *lésbicas* têm o mesmo desenvolvimento que os filhos de pais heterossexuais.⁷⁷

Destarte, ao conectar a quebra desses mitos com a realidade brasileira de abandono e vulnerabilidade social em que vivem milhares de crianças e adolescentes conjugando os resultados de importantes pesquisas que negam haver prejuízos ao desenvolvimento de crianças e adolescentes adotados por família biparental homoafetiva, imperioso e urgente se faz que as razões desfavoráveis a este instituto sejam definitivamente afastadas.

⁷⁷ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 136. *Apud* FERNANDES, Francisco. Família: aprovação clínica e filho de duas mães. Disponível em: <<http://www.fevro.com.br/retrospectiva2002/familia.html>>. Acesso em: 28 maio 2003.

4.4 CONQUISTAS JUDICIAIS

A despeito da falha legislativa em não positivar a adoção realizada através da homoparentalidade, o Poder Judiciário Brasileiro vem, a passos ainda lentos, mas importantes, minimizando essa insegurança jurídica ao conceder decisões que asseguram o direito de pares homossexuais adotarem.

Em meados do corrente ano a juíza Joana Ribeiro Zimmer, de Santa Catarina, deferiu o pedido de adoção de menor por um casal homossexual.

Na sentença, a magistrada enfatizou que a criança está recebendo toda a assistência e atenção, pelo que apresenta desenvolvimento sadio e seguro. Adiantou ser salutar garantir à criança duas fontes de cuidados e obrigações, quais sejam, a obrigação de alimentos e a garantia do direito de herança. A magistrada destacou, ainda, que as correntes mais vanguardistas do direito de família e infância lamentam que a nova Lei de Adoção não tenha acolhido expressamente essa situação, mas não há dúvidas de que o maior interesse da criança abarca tal possibilidade.⁷⁸

Em Bagé, no Rio Grande do Sul, duas mulheres que vivem juntas receberam com demasiada alegria a sentença de abril deste ano que deferiu o pedido de adoção conjunta. Essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, com relação ao casal de Bagé, foi histórica e abriu jurisprudência. Em agosto, o Supremo Tribunal Federal também decidiu a favor de casais homossexuais garantindo o direito de um casal homoafetivo do Paraná adotar uma criança em conjunto. Toni Reis e David Harrad vivem juntos há 20 anos e vão realizar o sonho de ter filhos.⁷⁹

Em decisão bem recente, o Juiz Substituto Aluizio Ferreira, do Juizado da Infância e Juventude da comarca de Boa Vista, em Roraima, decidiu em 12 de novembro do presente ano pelo deferimento do pedido de adoção para um casal homoafetivo.

Neste caso até o representante do Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido dos requerentes, pois, segundo ele "restou demonstrado que os requerentes formam uma entidade familiar estável. Também está demonstrado que

⁷⁸ *Concedida adoção de criança por casal homossexual no litoral norte de SC*, de 06 jul 2010. Fonte: TJSC. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=3694>>. Acesso em 02 dez 2010.

⁷⁹ *Adoção de crianças por casais homossexuais ainda gera polêmica*, de 06 out 2010. Fonte: Rede Globo. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=3991>> . Acesso em: 02 dez 2010.

o ambiente familiar proporcionado pelos requerentes é saudável", afirmou o promotor de justiça Márcio Rosa da Silva.⁸⁰

Esses são alguns exemplos de decisões vanguardistas proferidas de acordo com a realidade social e jurídica estabelecidas por estes novos tempos. Depreende-se dessas sentenças que o princípio ecoado no art. 227, da Constituição Brasileira, isto é, a proteção integral da criança e do adolescente é a direção que possibilita a concessão da adoção biparental homoafetiva.

⁸⁰ TJ/RR - Juizado da Infância concede direito a casal homossexual, de 16 nov 2010. Fonte: TJRR. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=4121>>. Acesso em 02 dez 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Nova Ordem Constitucional nascida em 1988 rompeu, de vez, com o modelo familiar patriarcal, hierarquizado, impessoal e de cunho econômico, positivado no Código Civil de 1916, obrigando a uma mudança de paradigmas tão solidificados até então.

Na melhor interpretação constitucional da família brasileira atual constata-se a busca da felicidade como desejo fundamental. A concretização desta felicidade se dá pela observância dos princípios do pluralismo familiar, da igualdade e liberdade, da solidariedade, e do afeto, todos ancorados na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas, muitos brasileirinhos vivem à margem da segurança, do apoio e da dignidade que uma família proporciona ao ser humano. Em situações de verdadeiro abandono e desespero, milhares de crianças e adolescentes vivem, nas ruas ou institucionalizados, a espera de um milagre: serem adotados.

A adoção, nestes casos, é a única possibilidade de devolver a estas pessoas o direito à convivência familiar além de tantos outros elencados no art. 227, da Constituição Brasileira, consubstanciando o Princípio do melhor interesse da criança.

Hodiernamente, através deste princípio, muitos pares homoafetivas encontram respaldo para realizar o seu direito personalíssimo de desempenhar a parentalidade ao requerer ao Poder Judiciário o reconhecimento da adoção biparental homoafetiva. Isto é assim devido à omissão legislativa que vigora no sentido de se acovardar na positivação de questões relativas aos direitos de indivíduos homossexuais.

Mas, por certo, não cumpre ao legislador brasileiro a incumbência de positivar o afeto entre duas pessoas, classificá-lo em masculino ou feminino, a fim de determinar se este afeto é o bastante, ou não, para o exercício de um ato de amor que é a adoção.

Levando em consideração o direito personalíssimo da parentalidade, os atuais e inevitáveis avanços do direito homoafetivo combinados com a situação social de risco e abandono de milhares de crianças e adolescentes que esperam pela adoção e, principalmente, com o Princípio da prioridade absoluta da criança e

do adolescente percebe-se, clara e objetivamente, a possibilidade jurídica da homoparentalidade através do instituto da adoção.

Apoiar a impossibilidade jurídica deste tipo de adoção, dentro da perspectiva apresentada pela vasta doutrina, bem como à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, é o mesmo que desconsiderar a capacidade e o poder que tem a autoridade judiciária de julgar com base numa interpretação erigida pela realidade fática e pelos fins sociais a que se destinam as normas jurídicas.

Não reconhecer as constantes conquistas alcançadas pela jurisprudência que vem reconhecendo, através da analogia, o caráter de união estável à convivência familiar homoafetiva, é consolidar um preconceito milenar que se opõe, sem razão de ser, ao princípio da livre orientação sexual de pessoas que se candidatam à adoção pelo desejo de realizar os sentimentos de maternidade/paternidade.

O preconceito é o único empecilho ao deferimento de pedido de adoção feito por pares homossexuais, já que a própria legislação brasileira não proíbe a união homoerótica, nem muito menos a possibilidade de adoção aventada por estes pares.

Ainda, sendo o preconceito modalidade de comportamento ostensivamente proibida pelo ordenamento jurídico, bem como por princípios mundialmente consolidados pelos direitos humanos, a adoção homoparental não encontra óbice.

De outro lado, a negação da possibilidade jurídica de adoção homoafetiva impede a efetivação do Princípio da Prioridade Absoluta da criança e do adolescente na medida em que impossibilita a concretização do direito de terem pais, família, lar, enfim, condições essenciais à formação destes seres em desenvolvimento.

Além de que, a maioria das pesquisas realizadas no mundo todo aponta não haver relação entre a homossexualidade dos pais e possíveis desajustes ou desequilíbrios dos filhos, já que inexistente prejuízo à criança no que se refere a sua formação psicológica. O que de fato importa não é o tipo de formação da família, mas sim a capacidade dessa família em assegurar aos seus filhos o cumprimento das responsabilidades paternas.

Se o contrário fosse verdade, não seria imaginável ressaltar que filhos de mãe/pais homossexuais que constituem famílias através da adoção monoparental vêm exercendo a homoparentalidade brilhantemente, inclusive, muitas das vezes com a ajuda do seu par homoafetivo.

Na realidade, os grandes desafios nestas questões de homossexualidade é descortinar o preconceito e perder o medo de inovar, respeitando as pessoas tal qual elas são, sem se prender a distinções de qualquer natureza.

A evolução, em todos os aspectos da vida humana, é o caminho a ser buscado sempre. Deste modo, nas relações familiares, de maneira especial, o afeto, consubstanciado no amor e na vontade de dividir experiências, é o sentimento capaz de concretizar a importância da família na vida de cada indivíduo.

O amor é a lente que permite enxergar a família, pois sem afeto não há possibilidade de perceber a família tal qual ela deveria ser vista.

REFERÊNCIAS

Adoção de crianças por casais homossexuais ainda gera polêmica, de 06 out 2010.

Fonte: Rede Globo. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=3991>> . Acesso em: 02 dez 2010.

BOREKI, Vinicius. *A nova cara da família brasileira*. Gazeta do povo. Londrina, Paraná. Publicado em 27/05/2010. Disponível em:

<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1007637&it=A-nova-cara-da-familia-brasileira>. Acesso em: 26 mai. 2010.

BRASIL. *Código Civil: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. In VADE MECUM: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. In SENADO FEDERAL. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 05 dez. 2010.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho: decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. In VADE MECUM: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente: lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. In VADE MECUM: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Concedida adoção de criança por casal homossexual no litoral norte de SC, de 06 jul 2010. Fonte: TJSC. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=3694>>. Acesso em 02 dez 2010.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, de 20 nov. 1989. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 3 jun 2010.

Dia Nacional da Adoção: 50 mil crianças ainda vivem em abrigos. Publicada em 25 mai 2010. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2010/05/25/dia-nacional-da-adocao-50-mil-criancas-ainda-vivem-em-abrigos.jhtm>>. Acesso em: 5 jun 2010.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça.* 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.* V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes.* Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2009.

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

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais.* 9. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família.* V. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

Minha luta por Chicão. Disponível em:

<<http://revistacrescer.globo.com/Crescer/0,19125,EFC464801-2213-1,00.html>>.

Acesso em: 14 jun 2010.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o direito de família.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Ação de descumprimento de preceito fundamental, em 02/07/09.* Procuradoria Geral da República. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-uniao-entre-pes.pdf>>.

PEREIRA JUNIOR, Marcos Vinicius. *ADOÇÃO: Seu contexto histórico, visão geral e as mudanças trazidas pelo Novo Código Civil.* Publicado em 25/04/2007 às 11:06. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=157>>. Acesso em: 11 jun 2010.

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

SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no ECA*. São Paulo: Saraiva, 1995.

TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.