



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

FABRÍCIO RAPOSO

**HOMOPARENTALIDADE E A ADOÇÃO DE CRIANÇAS
INSTITUCIONALIZADAS: UM NOVO PERFIL DA FAMÍLIA NO BRASIL**

CAMPINA GRANDE – PB
2014

FABRÍCIO RAPOSO

**HOMOPARENTALIDADE E A ADOÇÃO DE
CRIANÇAS INSTITUCIONALIZADAS: UM
NOVO PERFIL DA FAMÍLIA NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientadora: Prof. Ms. Maria Cezilene Araújo de Morais

Co-orientador: Prof. Esp. Manuel Maria Antunes de Melo

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

R219h Raposo, Fabrício
Homoparentalidade e a adoção de crianças institucionalizadas
[manuscrito] : um novo perfil da família no Brasil / Fabrício
Raposo. - 2014.
46 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Me. Maria Cezilene Araújo de Moraes,
Departamento de Direito Privado".

"Co-Orientação: Prof. Esp. Manuel Maria Antunes de Melo,
Departamento de Direito Privado".

1. Adoção. 2. Homoparentalidade. 3. Proteção efetiva. I.
Título.

21. ed. CDD 346.015


FABRÍCIO RAPOSO

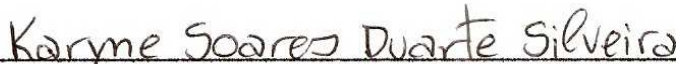
**HOMOPARENTALIDADE E A ADOÇÃO DE CRIANÇAS
INSTITUCIONALIZADAS: UM NOVO PERFIL DA FAMÍLIA NO
BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Aprovado em 28/07/14 .


Profª Ms Maria Cezilene Araújo de Moraes / UEPB
Orientadora


Profª Ms Ana Alice Ramos Tejo Salgado / UEPB
Examinadora


Profª Ms Karyne Soares Duarte Silveira / UEPB
Examinadora

NOTA: 10 (dez)

*À mãe mais generosa, ao pai mais dedicado: Lourdes e João. Agradeço pela vida, afeto e apoio em tudo...
Ofereço com a mais sincera gratidão.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, pela capacidade que me concedeu para desenvolver essa pesquisa e por estar sempre à espera da minha evolução, me auxiliando sempre, como verdadeiro Pai e Amigo que é.

Aos meus pais, João Marcos Raposo e Maria de Lourdes Lima Raposo, meus irmãos Marcos Túlio e Elizandra e meu sobrinho Pedro Henrique pela confiança, pela credibilidade e pelo empenho a mim dedicado.

A professora e orientadora Maria Cezilene, bem como ao co-orientador Manuel Maria pela dedicação, pela presteza, pela acessibilidade e pelos esclarecimentos a respeito do tema escolhido e a gentileza com as quais sempre me trataram.

Por fim, a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, colaboraram com o presente trabalho, obrigado!

RESUMO

A pluralidade familiar, constitucionalmente prevista, possibilita a existência e a tutela de diversos tipos de modelos familiares. Deste modo, ante a formação de novos arranjos fora dos parâmetros tradicionais, se faz necessário o respaldo dos tribunais brasileiros para deferir-lhes caráter não discriminatório, com no mínimo uma razoável igualdade com as demais uniões retirando-as da marginalização jurídica. A cada dia cresce o número de casais homossexuais que recorrem ao Poder Judiciário a fim de ter o direito personalíssimo da maternidade/paternidade reconhecido através, principalmente, da adoção. O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, considerando a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132 e da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4277, que atribuiu a estas uniões os efeitos jurídicos da união estável. Na abordagem do tema, pretende-se combater práticas impregnadas de discriminação e preconceito, vindas de segmentos radicais da sociedade, principalmente oriundas de operadores do direito que não aceitam o fenômeno constitucionalmente reconhecido e da sociedade pluralista que repudia a repersonalização do Direito de Família, salientando a importância de avaliar a evolução familiar e a origem da homoparentalidade. Além disso, o trabalho descreve um exame de como o instituto da adoção é tratado no Brasil e comenta sobre as características da adoção homoafetiva e a legislação pertinente, bem como sobre as barreiras que se interpõem, ainda, a essa modalidade de adoção, levando em consideração, acima de tudo, os superiores interesses da criança e do adolescente. Para a execução dos objetivos propostos, procedeu-se uma análise descritiva, exploratória e bibliográfica a respeito da temática da adoção de crianças por casais homoafetivos.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Homoparentalidade. Proteção efetiva.

ABSTRACT

Family plurality, as being constitutionally foreseen, allows the existence and protection of various types of family models. Thus, considering the formation of new familiar arrangements outside traditional parameters, it is necessary full support of Brazilian courts for deferring them non discriminatory quality, with at least reasonable equality with other unions, removing them from legal marginalization. Every day a growing number of homosexual couples who appeal to the judiciary to have maternity/paternity rights recognized, mainly in adoption cases. The objective of this study aims to examine the legal possibilities of adoption by homosexual couples, considering the Supreme Court decision (ADPF 132 and ADI 4277), which attributed to these unions all legal effects seen on stable marriage. To address the issue, we intend to fight impregnated practices of discrimination and prejudice coming from radical segments of society, especially coming from law enforcement officers who do not accept it as constitutionally recognized, and from modern pluralistic society that repudiates repersonalization of Family Law phenomenon, stressing the importance of assessing family evolution and the origin of homoparenthood. Furthermore, the paper proposes an examination of how the institution of adoption is treated in Brazil and comments on the characteristics of homo-affective adoption and its relevant legislation, as well as the barriers that still interpose to this type of adoption, taking into consideration, above all, the best interests of children and adolescents. For the implementation of the proposed objectives, we proceeded to a descriptive, exploratory and literature regarding the issue of adoption of children by homosexual couples analysis.

KEYWORDS: Adoption. Homosexual parenthood. Full protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA E HOMOPARENTALIDADE	12
1.1 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	12
1.2 UNIÃO HOMOAFETIVA.....	14
1.3 BASES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A UNIÃO HOMOAFETIVA	17
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
1.3.2 Princípio da Igualdade e da Liberdade: a livre orientação sexual como um direito fundamental	21
2 ADOÇÃO NO BRASIL	25
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES E CONCEITO DE ADOÇÃO	25
2.2 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO	27
2.2.1 Princípio Da Proteção Integral	27
2.2.2 Princípio Do Melhor Interesse Do Menor.....	29
2.3 REQUISITOS LEGAIS DA ADOÇÃO.....	30
2.4 EFEITOS LEGAIS DA ADOÇÃO	32
2.4.1 Efeitos De Ordem Pessoal.....	32
2.4.2 Efeitos Patrimoniais	33
3 ADOÇÃO DE CRIANÇAS INSTITUCIONALIZADAS POR CASAIS HOMOAFETIVOS..	35
3.1 DO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES	35
3.2 DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO.....	37
3.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À ADOÇÃO HOMOAFETIVA.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a sociedade brasileira passou por intensas transformações, muitas delas acabaram refletindo no conceito de família e nos arranjos familiares. Assim, a família patriarcal deu espaço para os mais variados tipos de família, dentre elas a família homoafetiva.

A proposta fundamental desta pesquisa é apresentar uma possibilidade de desconstrução dos preconceitos que norteiam a homossexualidade e que impedem que casais homoafetivos desempenhem a função parental. Será feita uma análise com o objetivo de abordar a possibilidade jurídica da adoção de crianças por casais homoafetivos após o julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº. 132 e da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº. 4277, onde o STF reconheceu a União Homoafetiva como Entidade Familiar consagrada constitucionalmente.

O respeito aos princípios consubstanciados na dignidade da pessoa humana, na igualdade, na liberdade e na intimidade, servem como fundamentos para refletir-se sobre a possibilidade de reconhecimento do direito dos homossexuais ao exercício da parentalidade pela via de adoção, com o objetivo primordial da proteção integral à criança.

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.

A pesquisa e a discussão sobre o assunto são realmente de grande valia social, porque os esclarecimentos produzidos podem causar positivos reflexos na conscientização de quem ainda não enxergou a dimensão do problema que é a falta de um verdadeiro lar para as crianças e os adolescentes, problema perfeitamente solucionável pela adoção por qualquer família afetiva, independentemente da forma como foi ela constituída, desde que sem divergir dos verdadeiros valores constitucionais que devem envolver qualquer núcleo de afeto.

Trata-se de assunto polêmico o qual suscita opiniões 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.

Será que uma criança adotada por parceiros homoafetivos, realmente, estará mais exposta a problemas que as crianças que convivem em famílias héteroafetivas? Será que um par homoafetivo é capaz de oferecer a uma criança toda a estrutura de que ela precisa, para crescer de forma saudável e transformar-se num cidadão ou numa cidadã de bem?

Essas e outras indagações serão respondidas ao longo do trabalho acadêmico, a fim de promover o esclarecimento acerca de um assunto polêmico e de relevante importância jurídico-social, principalmente, no que diz respeito ao direito dos homossexuais de, enfim, serem pais/mães e da criança e do adolescente que anseiam em sair dos gélidos abrigos para integrar uma família e ter um lar para chamar de seu.

Para a execução dos objetivos propostos, proceder-se-á análise descritiva, exploratória e bibliográfica a respeito da temática da adoção de crianças por casal homoafetivo.

1 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA E HOMOPARENTALIDADE

1.1 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Conceituar a família e conseqüentemente os seus vários papéis está se tornando uma tarefa cada vez mais difícil nos últimos anos dada as mutações constantes pelas quais ela tem passado e continua passando, daí por que a necessidade de atualização e remodelação do pensar e do entendê-la.

Hoje, a família é plural em vista da multiplicidade dos respectivos modelos de organização e de reorganização. As transformações sociais afetaram a família nas suas diversas formas, direcionando-a para a realização pessoal de seus membros. Essas mudanças significam a superação do modelo tradicional de família, substituindo-o pela concepção contemporânea das relações familiares.

A família do início do século XX, de índole eminentemente rural, patriarcal, patrimonial, indissolúvel, hierarquizada e tradicionalmente heterossexual não tinha como preocupação basilar a criação de um espaço de afeto destinado à realização de seus membros. Ao contrário, funcionava, tão somente, como instituto de reprodução e de educação dos filhos, apto a gerar força de trabalho necessária à manutenção da produção agrícola na sociedade brasileira.

A sacralização do casamento e a tentativa de sua manutenção como única estrutura de convívio lícita e digna de aceitação fez com que os relacionamentos havidos fora do casamento não fossem reconhecidos, sujeitando seus atores a severas sanções. Hodiernamente, a família não mais corresponde àquela formatada no início do século XX, constituída por pai e mãe, unidos pelo casamento regulado pelo Estado, e sua prole, a qual era conferida — e somente a ela — a condição de filiação legítima.

O grande número de arranjos não matrimonializados, oriundas de uniões estáveis, ao lado das famílias monoparentais, possibilitou às pessoas a constituição de novos modelos de família, não mais se limitando ao conjunto de pessoas ou núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder do chefe de família. A família do século XX foi também marcada pela insurgência da atividade profissional da mulher, que se intensificou a partir do movimento feminista da década de sessenta e pelo ímpeto “modernista” da sociedade brasileira, decorrente do aumento da industrialização e da urbanização.

A Constituição Federal do Brasil (CFB) de 1988 instituiu, com determinação, a igualdade entre homem e mulher, o que provocou inegáveis reflexos na família, tornando obsoletas as normas infraconstitucionais, incluindo-se, sobretudo, as do Código Civil de 1916, que confrontavam com o conceito de família reconhecido na Lei Maior. Por exemplo, as que mantinham a mulher em estado de subserviência e incapacidade relativa, e as que impunham gradações injustas e discriminatórias aos filhos (como o status de filho legítimo e filho ilegítimo) e os submetiam a um pátrio poder cujas origens ainda remontavam a um domínio incontestável do Direito Romano.

A base dessa evolução está esculpida no § 5º do art. 226 da Constituição Federal, quando afirma a igualdade de exercício de direito e deveres referentes à sociedade conjugal, a qual também se estende à união estável. Ainda neste contexto, notável é a edição da Lei nº 8.069/90, que, em cumprimento aos princípios constitucionais, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, eliminando a desigualdade entre os filhos legítimos e os havidos nas relações extraconjugais e a desigualdade relativa ao exercício do pátrio poder pelos cônjuges ou companheiros.

A sociedade brasileira vive hoje o fenômeno das famílias recompostas e reconstituídas, formadas, justamente, por pessoas que estão ligadas pelo afeto, rompendo, deste modo, com aquela definição de família patriarcal estabelecida em 1916.

Conforme observa Lôbo¹ o princípio da afetividade tem fundamento constitucional e não representa fato exclusivamente sociológico ou psicológico o qual mesmo não constando na CFB como um direito fundamental é decorrente da valoração constante da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana goza de precedência interpretativa, devendo ser analisada preferencialmente em relação a qualquer outro valor. Além disso, é muito ampla, exatamente por abarcar em seu bojo um conteúdo muito vasto, melhor dizendo, inesgotável de valores insertos na categoria pessoal e existencial.

Na seara do Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana, significa igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo, portanto, ilegítimo dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. Desse

¹ LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 4 jan. 2014.

modo, cada um dos integrantes da família deve ter respeitada a dignidade humana, notadamente os parceiros, já que um escolheu o outro para dividir a vida.

A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações. Para Dias², a família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros, sendo o afeto incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Ainda nesse contexto, Santos³ demonstra que família atual é afetiva, democrática, indelevelmente destinada à preservação e ampliação da dignidade humana, os quais os cônjuges e prole ao solidificarem os laços sentimentais e de amizade jamais poderiam ter seus elos desfeitos, mesmo em se acatando a desvinculação formal entre os primeiros. Por estas razões, resta evidente que o princípio da afetividade, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e o da liberdade de constituir família, servem de elementos basilares da família contemporânea. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado.

1.2 UNIÃO HOMOAFETIVA

Ao contrário do que se pode pensar, a união homoafetiva é uma realidade fática no mundo e no Brasil. Em todas as sociedades e ao longo da história a relação homoafetiva sempre esteve presente, variando apenas o nível de aceitação social do ponto de vista da cultura de cada povo, tornando-se algo público ou não.

A sociedade contemporânea ainda tem muitas reservas com relação à homossexualidade, pois, infelizmente, o desejo sexual e carinho por pessoas do mesmo sexo ainda é visto como conduta imoral e passível de reprovação. Todavia, a homossexualidade

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66.

³ SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Anotações sobre a guarda compartilhada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 96-113, abr./jun. 2005. p. 97.

não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero, mas sim a livre manifestação da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade⁴.

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenado-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.⁵

Como se sabe, a família contemporânea se afastou do modelo estabelecido em séculos passados. Antes, os laços familiares eram formados apenas por critérios patrimoniais e biológicos. Hoje, o elemento unificador da família constitucionalizada é o afeto. As famílias se formam através dos vínculos do amor e da afeição. Estes sim são verdadeiros elementos solidificadores da unidade familiar.

A partir do momento em que se reconhece o afeto como o vínculo, o liame ou o motivo que enlaça e comunica as pessoas, surge a possibilidade de se aceitar outras formas de relações familiares distintas da relação “pai, mãe e filhos”.

Essa nova configuração do direito de família se tornou mais humana, predominando valores tais como a igualdade e o respeito de forma a garantir a própria dignidade daquele que participa da família.

Na visão de Farias e Rosenvald⁶, a união homoafetiva trata-se de “modelo familiar autônomo”, merecendo proteção especial do Estado. Diante disto, percebe-se que, a família homoafetiva é uma dentre as várias formas de família a qual tem por elemento basilar o afeto entre pessoas do mesmo sexo.

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

⁴ Tal entendimento é esposado internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão de 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970.

⁵ "Com homem não te deitarás, como se fosse mulher; abominação é." [Levítico 18:22]. "Porém, desde o princípio da criação, Deus os fez macho e fêmea. Por isso deixará o homem a seu pai e a sua mãe, e unir-se-á a sua mulher, E serão os dois uma só carne; e assim já não serão dois, mas uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou não o separe o homem." [Marcos 10:6-9].

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Introdução aos princípios constitucionais do direito de família. In: _____. *Direito das famílias*. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 62

(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).

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da cidadania, da solidariedade familiar, da não discriminação, da liberdade e da pluralidade asseguram aos pares homoafetivos a possibilidade constitucional de reconhecimento desses enlacs como entidades familiares.

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

Com essa visão de vanguarda, a Vice Procuradora Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira impetrou, em 02 de julho de 2009, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com o objetivo de que o STF declarasse ser 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 se estendam aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A Vice Procuradora defendeu 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 estável⁷.

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.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Preconceitos de ordem moral não podem servir como elementos que levem o Estado a ser omissivo. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não tem a diferença de sexo como pressuposto. Relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo geram o enlaçamento de vida e desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Se duas pessoas, sejam elas homens ou mulheres, passam a ter vida em comum, coabitação, assistência mútua e convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo com o objetivo de constituir um lar não é aceitável que se deixe de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais.

1.3 BASES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A UNIÃO HOMOAFETIVA

A CFB de 1988, em seu art. 1º, instituiu um Estado Democrático de Direito destinado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, em seu art. 5º, salvaguardou um vasto rol de direitos e garantias individuais, que, ostensivamente, colocam a pessoa humana no centro das relações jurídicas.

No primeiro artigo da Constituição, o constituinte proclamou como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana, que serve de norte ao sistema jurídico. Tal valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei, como bem explicita Hesse⁸ "o fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito".

Já no art. 3º, também da CFB de 1988, 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 todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330.

Esses dois objetivos se complementam com o caput do art. 5º, CFB de 1988, que determina a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, de modo expresse, o direito à liberdade e igualdade.

Mister se faz destacar que no art. 4º, da Carta Magna, há determinação da 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.

Dias⁹ salienta 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.

No mesmo sentido Silva Júnior¹⁰, 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.

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

⁹ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

¹⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. 4ed. 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.

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A CFB de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da ordem jurídica, exercendo, portanto, a função de valor estruturante de todo seu ordenamento a ser concretizado pelos direitos e garantias fundamentais. Deste modo, elevou a dignidade a patamar fundamental à condição de ser humano. Nesse sentido, não pode ser perdida ou alienada, e aos poderes estatais cabe a tarefa de respeitá-la e fazer ser respeitada, impondo-se coercitivamente a toda a sociedade.

A dignidade da pessoa humana abarca um conjunto de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável a realidade e a modernização da sociedade, devendo estar associada com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano.

A dignidade da pessoa humana, segundo Sarlet¹¹, é:

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

O princípio da dignidade humana engloba além dos direitos individuais, outros de origem social e econômica e cultural, pois a violação da dignidade da pessoa humana consiste em barreiras que impeçam a realização do indivíduo em diversas esferas da sociedade.

O direito de tratamento igualitário independe da orientação sexual do indivíduo. O desrespeito ou prejuízo em função da orientação sexual da pessoa, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano e desobedecer a sua honra. Tornar invisível a existência de uniões homoafetivas é inconcebível diante do paradigma protetivo da promoção do bem de todos, insculpido no artigo 3º da Constituição Federal.

Dias¹² citando Giorgis, afirma:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um,

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹² DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre Homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.47.

sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de inversões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

A dignidade da pessoa humana significa não só o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio.¹³

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 minorias¹⁴”. 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 romana, egípcia, grega, 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.¹⁵

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.

Ao longo dos tempos, a pessoa do homossexual vem sendo desvalorizada e discriminada, reconhecida socialmente como promíscua, suja, pecaminosa. Na perspectiva daqueles que se opõem ao homossexualismo, as pessoas que não se enquadram no padrão

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional – 15 ed., rev. atual. e ampl. , Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 672.

¹⁴ TORRES, Aimbere Francisco. Adoção nas relações homoparentais. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

¹⁵ 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.

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, 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.¹⁶

A real observância 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 vigente, com o avanço dos direitos humanos, com as inovações dos conceitos de afeto e sexualidade e com a evolução do pensamento médico científico, todos no sentido de reconhecer a inclinação homoerótica como variante do desejo, afeto e sexualidade humana.

1.3.2 Princípio da Igualdade e da Liberdade: a livre orientação sexual como um direito fundamental

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.

Está garantido constitucionalmente através do artigo 5º caput da Constituição Federal do Brasil de 1988, no qual afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E ainda, sob o artigo 3º, inciso IV, através do qual a promoção do bem todos, sem

¹⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação se constitui como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Em nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, já no art. 1º, também 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.

Baseando-se apenas neste princípio, poderíamos afirmar que os homoafetivos possuem os mesmos direitos que os heteroafetivos. Afinal, eles são iguais, sem distinções “de qualquer natureza”. 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”.¹⁸

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 norteada 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. 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

¹⁷ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br

¹⁸ TORRES, Aimbere Francisco. Adoção nas relações homoparentais. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57. Apud HERKENHOFF, João Baptista. Direitos humanos: uma nova idéia, muitas vozes. 3. ed. Aparecida/SP: Santuário, 1998, p. 84-85.

assegurarem a igualdade plena, no plano também material, concreto da existência, mediante o atendimento jurídico e social de seus cidadãos e cidadãs.¹⁹

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.²⁰

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 corpo²¹.

Portanto, o livre exercício da sexualidade conduz 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

¹⁹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 77.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

²¹ 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.

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.

2 ADOÇÃO NO BRASIL

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES E CONCEITO DE ADOÇÃO

A adoção apresenta-se como prática comum desde a antiguidade e que durante muitos séculos foi realizada sob a ótica da necessidade dos adultos, os quais por impossibilidade de procriar utilizavam da adoção como um artifício que imitasse a filiação natural, consistindo, portanto, na necessidade de se perpetuar o fogo sagrado e o culto a família o qual seria interrompido caso não houvesse descendentes.

Na civilização grega esteve presente com a função de perpetuar o *pater familias* nas famílias sem herdeiros, mas foi no direito romano que a adoção se consolidou.

Na época clássica existiam duas modalidades de adoção: *a adrogatio e a adoptio*. 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, sob influências religiosas e com preponderância do Direito Canônico a adoção deparou-se com um notável retrocesso, pois, via-se a adoção como uma forma de transgressão do casamento ou ainda uma forma de legitimar filhos oriundos de relação de adultério ou de incesto, o que a igreja veementemente combatia.

Na idade moderna sob influência 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 de forma “tímida”, sendo posteriormente incluído no Código de Napoleão de 1804.

Para Napoleão a adoção era, antes de tudo, uma instituição de beneficência, e o efeito mais feliz seria dar crianças àqueles que não as têm, de dar um pai a crianças órfãs, de lugar, enfim, a infância à velhice e à idade viril.²²

No século XIX a adoção fora pouco praticada, contudo, a partir do século XX com a eclosão da Primeira Guerra Mundial o instituto da adoção passa a ser preocupação dos legisladores objetivando o amparo dos órfãos da guerra.

²² WEBER, Lídia N. Dobriansy. Laços de Ternura: Pesquisas e histórias de adoção. Curitiba/PR: Editora Juruá, 2009, p. 69

No Brasil, antes da codificação civil de 1916, utilizavam-se 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.

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 n.º 4.655/1965 inovou com a criação da legitimação adotiva, sendo seguida pelo antigo Código de Menores (Lei n.º 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 idéia 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. Em 2009 o Poder Legislativo editou a Lei n.º 12.010, 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, sintetizando, portando, 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 casais 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.

É, pois, o instituto da adoção, um meio de estabelecer modalidade de filiação distinta da biológica, baseada nos parâmetros da afetividade e assegurada, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988. 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”²³. Depreende-se que a adoção se dá no campo da afetividade e do amor construídos na convivência.

Trata-se, portanto, a adoção de ato jurídico complexo e não de um negócio jurídico unilateral, é indisponível e não pode ser revogado e nem exercido por procuração. 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 contratual de Direito de Família estabelecido no ar. 375 do Código Civil de 1916.

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 afetuosa, 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 institucionalizadas que sonham com um verdadeiro lar.

2.2 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO

2.2.1 Princípio Da Proteção Integral

O princípio constitucional da proteção integral da criança e adolescente foi fixado no artigo 3º da Convenção das Nações Unidas sobre direitos da criança. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 99.710, de 1990. Unida à Constituição Federal

²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito: direito de família. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 483.

Brasileira, essa Convenção foi uma das legislações internacionais que mais influenciou a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, também em 1990.

Como qualquer ser humano, a criança e o adolescente são titulares dos direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição de 1988. O art. 227, caput da Constituição Federal traz, em um rol não taxativo, os direitos fundamentais da população infanto-juvenil, com especial destaque aos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e adolescente, princípios estes que exercem a função de alavanca da Doutrina Jurídica da Proteção Integral. O reconhecimento de tais direitos fundamentais também se encontra positivado no Estatuto da Criança e Adolescente - Lei nº 8.069/90.

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.”²⁴ Tal princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

A Doutrina da Proteção refere-se a um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional, que representa um avanço fundamental na consideração social da infância. Com o novo paradigma lançado pela proteção integral tem-se que a criança e adolescente não são mais vistos como objetos do assistencialismo por parte do Estado, os infantes e jovens passam a ser considerados sujeitos de direitos fundamentais, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e pessoas merecedoras de prioridade absoluta.

Isto significa que ante a impossibilidade de se assegurar direitos a todos os que necessitam da prestação, deve-se atender primeiramente à infância e a juventude. Em verdade, trata-se de um princípio que caracteriza o direito da criança que, como tal, irá desempenhar, dentre outras funções, a de servir como instrumento de interpretação nos mais variados casos.

Considerar a população infanto-juvenil sujeitos de direitos, segundo a garantia constitucional prevista no artigo 227 e no próprio ECA, significa assim assegurar prioritariamente a efetivação de políticas públicas que estimulem positivamente o seu desenvolvimento e os ponha a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

²⁴ 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.

2.2.2 Princípio Do Melhor Interesse Do Menor

O princípio do melhor interesse da criança não é matéria nova no mundo jurídico. Sua origem aponta o instituto inglês do *parens patriae*, considerado como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria, sendo recepcionada pela jurisprudência norte americana em 1883, no caso *Commonwealth x Addicks*, oportunidade em que a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse da criança em detrimento dos interesses de seus pais, afirmando que o fato do cônjuge-mulher ter sido adúltera não se relacionava com os cuidados que ela dispensava ao seu filho.

Apresentou-se, de modo expresso, desde então, na Declaração de Genebra em 1924, que estabeleceu a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”; na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, que destaca “o direito a cuidados e assistência especiais”; e na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, que determinou que “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa se desenvolver física, mental, moral espiritual e socialmente de forma saudável, normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse da criança”.

O atendimento às necessidades básicas da pessoa em desenvolvimento deve 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.

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.

Hodiernamente percebe-se que houve uma inversão de prioridades. O próprio '*patrio 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 verbs: "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. O Interesse Superior da Criança deve ser considerado primordial em material de adoção, considerando que a adoção só se justifica partindo do interesse maior das crianças a serem adotadas.

2.3 REQUISITOS LEGAIS DA ADOÇÃO

O Instituto da Adoção é disciplinado tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como pelo Código Civil e também por legislação esparsa, com ênfase para Lei Nacional de Adoção (Lei n. 12.010/2009).

Quando uma criança ou adolescente fica sem parâmetros de perspectiva de vida dentro de uma família, tem o Estado a obrigação e o dever de oferecer alternativas para que essas pessoas possam ser abrigadas por outra família, pela via dos institutos da guarda, tutela ou adoção. Dentro da perspectiva da adoção, para que o adotante e o adotado tenham uma relação fática de paternidade e filiação é necessário que se cumpra alguns requisitos subjetivos e objetivos, de atendimento inafastável para o deferimento do pedido na adoção estatutária.

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 Livia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1061.

No campo do aspecto subjetivo temos dois requisitos. O primeiro é a *idoneidade do adotando*. E o segundo é o *desejo de filiação*, ou seja, as reais vantagens para quem se quer adotar, conforme estipula o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto aos requisitos objetivos, podemos destacar a *idade do adotante e do adotado*. Nos termos do caput do artigo 42 do ECA o adotante deveria ter no mínimo 21 anos, todavia, com a vigência do Código Civil de 2002, o qual reduziu a idade para capacidade plena dos atos da vida civil para 18 anos, aplicável a regra civilista e não a estatutária, consoante disposto no artigo 1.618, daquele diploma legal: “Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.” Por outro lado, o adotando, gize-se, de acordo com o ECA, deverá ter no máximo dezoito anos à época do pedido, ressalvada a hipótese de já se encontrar sob a guarda ou tutela dos adotantes, quando poderá contar com idade superior a dezoito anos (artigo 40, do ECA).

Ainda há de se observar a diferença de idade mínima de 16 anos entre adotante e adotado, pois “é imprescindível que o adotante seja mais velho para que possa desempenhar cabalmente o exercício do poder familiar”²⁶, além do que a adoção imita a natureza na qual é impossível um filho com idade igual ou superior à dos pais.

No tocante ao estado civil do adotante o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz qualquer objeção, estendendo, por interpretação, a possibilidade de qualquer pessoa adotar, desde que preenchidos os demais requisitos estabelecidos em lei. Aos divorciados ou separados judicialmente, a lei faz apenas duas ressalvas: a primeira de que tenham acordado quanto à guarda e regime de visitas; e a segunda, de que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do matrimônio (artigo 40, § 2º, ECA), regra esta mantida pelo Código Civil de 2002 (artigo 1.622, parágrafo único).

Conforme dispõe o artigo 45, §2º do ECA, se o adotando tiver mais de doze anos de idade, deverá este consentir, ou seja, deverá ser levada em consideração a sua manifestação de vontade em ser adotado. Isso se perfaz com a intenção de não integrar um adotando ao seio de uma família sem que este aprove e queira tal integração, pois a adoção extingue o vínculo biológico.

Outro requisito formal da adoção é a necessidade de *processo judicial*, eis que tal instituto só será efetivamente concretizada a partir de sentença constitutiva, nos moldes dos artigos 47, caput, do ECA que declara: “o vínculo da adoção constitui-se por sentença

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito: direito de família. V. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.488.

judicial”. Desta forma, sempre haverá a exigência de que a adoção seja assistida pelo Poder Público ante a natureza jurídica de *mínus público* que tem a adoção. 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.

Ainda há de se observar o *estágio de convivência* do adotando com o adotado. Este período persegue uma única finalidade, qual seja, apurar, depois de decorrido certo lapso de tempo, se o adotante e o adotando se adaptaram mutuamente, oferecendo, portando, melhores condições de avaliação à viabilidade ou não, da adoção. O estado de convivência só é dispensado quando o adotando já se encontra sob a tutela ou guarda legal durante tempo suficiente para que se possa avaliar a convivência da constituição do vínculo (artigo 46, § 1º, ECA), todavia, a guarda nem sempre autoriza a dispensa do estágio.

Por fim, deve-se ressaltar a proibição advinda no artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e Adolescente para que parentes próximos adotem, pois, caso fosse permitida a adoção por estes parentes, haveria um verdadeiro tumulto nas relações familiares, em decorrência dos graus de parentesco.

2.4 EFEITOS LEGAIS 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.

2.4.1 Efeitos De Ordem Pessoal

A adoção tem como efeito principal decorrente da sentença constitutiva o desligamento do vínculo existente entre o adotando e sua família consangüínea e a criação de um novo laço familiar com os pais adotivos e seus parentes, ressalvando-se, entretanto, os impedimentos matrimoniais (artigo 41, ECA). Isso porque a adoção imita a estrutura familiar e o parentesco do adotado se estende aos descendentes do adotante e a todos os seus parentes.

Desta forma, o adotado fica impedido de contrair matrimônio com parentes de sua família natural, bem como de sua nova família.

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

Com a atribuição do pátrio poder aos adotantes, estes ficam encarregados do sustento, guarda e educação do filho adotado, cabendo-lhes ainda a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais quando for do interesse do adotando. O descumprimento dos deveres essenciais ao pátrio poder acarretará na destituição do adotando, mas mesmo assim o pátrio poder não será restaurado aos pais consangüíneos, já que a ruptura do vínculo biológico não mais será restabelecido.

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”.²⁷

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.

2.4.2 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.

O direito do adotando de receber alimentos decorre do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, disposto no art. 227, § 2, da Constituição Federal. Desse modo, os

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. V. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 359.

pais adotantes devem alimentos ao adotado, enquanto menor e enquanto maior se impossibilitado de prover seu próprio sustento, da mesma forma que os pais biológicos o deviam. Bem como os filhos adotados quando capazes deverão prestar a mesma assistência aos seus pais.

O termo alimentos não pode apenas ser compreendido como a comida, logo, deve significar tudo aquilo necessário para satisfazer os reclamos da vida, ou seja, moradia, vestuário, educação, tratamento médico, etc.. Assim, tem-se como alimentos as condições básicas para que adotando tenha uma vida digna até que complete a maioridade civil e se maior esteja impossibilitado de prover seu próprio sustento.

Será competente para conhecer as ações de alimentos, o Juizado da Infância e Juventude, conforme disposto no art. 148, parágrafo único, letra “g”, do ECA, nas hipóteses em que o direito do adotando for ameaçado ou violado.

Por fim, os adotantes que adquiriram o pátrio poder, são agora responsáveis civilmente pelos atos do adotado, responsabilidades previstas tanto no Código Civil como no ECA.

3 ADOÇÃO DE CRIANÇAS INSTITUCIONALIZADAS POR CASAIS HOMOAFETIVOS

3.1 DO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

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 descumprindo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Objetivando reduzir a discriminação a que os homossexuais estavam acometidos, o STF em 05 de maio de 2011, proferiu acórdão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, sob a relatoria do Ministro Ayres Brito, onde todos os dez Ministros votantes manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando a ela o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada pelo Código Civil Brasileiro em seu art. 1.723, como pode ser visto abaixo:

INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(...)

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo

a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido."²⁸

No referido julgado reconheceu-se que a união homoafetiva é modelo familiar e que merece ampla proteção jurídica não se possibilitando manifestações de homofobia sem precedentes, de omissões silenciosas e de escusas apoiadas na esteira da mera falta de legislação para amparar o pleito, logo, corrobora que as entidades familiares expressas no art. 226 da CFB são meramente exemplificativas.

Por se tratar de situação idêntica a união estável heterossexual restou provida a lacuna legal antes existente quanto ao reconhecimento das relações conjugais mantidas entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que o elemento sexual não constitui aspecto relevante na formação de um núcleo familiar, sendo apenas imprescindível a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Assim, comprovando-se que os requisitos configuradores da união estável heterossexual estão presentes na relação homoafetiva, esta é considerada entidade familiar, logo, decorrem efeitos jurídicos econômicos/patrimoniais, dentre os quais podemos citar como exemplos: partilha de bens (art. 1.725, CC); pensão alimentícia (art. 1.694, CC); direito aos benefícios previdenciários; direito à inventariança (art. 990, CPC); impenhorabilidade do bem de família; dever de lealdade, respeito e assistência entre os conviventes; dever de guarda, sustento e educação dos filhos (art. 1.724, CC); direito ao uso do sobrenome do companheiro (art. 57, §§ 2º e 3º, Lei nº 6.015/73); estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade aos parentes do outro (art. 1.595, CC); possibilidade de adoção (art. 42, § 2º, Lei nº 10.010/09); etc..

Registre-se também que alguns votos tiveram como fundamentação a interpretação conforme a Constituição, vedação a qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, não podendo haver discriminação ou diminuição a nenhum ser humano em virtude de sua orientação sexual. Outros divergiram apontando que a união homoafetiva não poderia ser considerada união estável, mas sim um quarto modelo familiar (Ministro Ricardo Lewandowisk).

²⁸ STF. ADI 4277, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341

Em consonância com a decisão do STF o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em maio de 2013 aprovou, por maioria de votos (14 a 1), uma resolução que obriga os cartórios de todo o país a celebrarem o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento. Conforme o texto da resolução, caso algum cartório se recuse a concretizar o casamento civil, o cidadão deverá informar o juiz corregedor do Tribunal de Justiça local.

Tanto o STF, como o CNJ, pretendem impedir que pessoas com vínculo afetivo com outra do mesmo sexo, sejam consideradas menos dignas de proteção pelo Estado, considerando apenas que se tenha entre o par a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

3.2 DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Infelizmente o número de crianças em situação de total abandono no nosso país só faz aumentar, assim, em decorrência desta situação fática os menores acabam sendo amparados pelas casas sociais com total ausência de identidade familiar e de individualidade. Grande parte desses menores permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos, ficando a sua maioria fora da faixa de uma provável adoção.

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

Não obstante, ter o acórdão do STF estabelecido que a diversidade de sexos não seja o único elemento caracterizador da União Estável estariam os casais homoafetivos impedidos de adotarem conjuntamente, ou seria esse um direito que exige a diversidade de sexo para o seu exercício?

Na realidade factual, a adoção monoparental homoafetiva não encontra óbice, já que o ECA assegura 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 qualquer 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.

O instituto da adoção aparece no contexto do abandono como sendo uma das melhores opções a contribuir para o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes institucionalizados. É através de relações afetivas seguras, estáveis e duradouras, proporcionadas pelo contexto familiar (sendo heterossexual ou não, adotivo ou não), que o sujeito se torna mais afetivo e humano.

O princípio constitucional de proteção integral a criança e adolescente solicita, numa visão mais acurada, que o Estado, a sociedade e a família potencializem a dignidade já assegurada também aos menores em seu art. 1º, da CF/88.

A possibilidade jurídica da adoção por casal homoafetivo encontra-se amparada nesses dois princípios constitucionais. Percebe-se, que os argumentos favoráveis a este tipo de adoção têm respaldos fortes e tangíveis.

No Brasil, a adoção de crianças por casais homossexuais ganhou visibilidade em 27 de abril de 2010 com a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, por unanimidade, negou recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres. Na decisão o tribunal gaúcho reconheceu a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo e conseqüentemente a possibilidade de adoção para constituir família. A decisão apontou, ainda, que estudos não indicam qualquer inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas.

No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão legal que autorize ou restrinja a adoção por pessoas do mesmo sexo, ainda assim, há quem tente encontrar nesta ausência de dispositivo de lei justificativa de perigo potencial de a criança sofrer violência sexual, risco de influenciar-se a orientação sexual do menor pelo adotante, incapacidade de homossexuais serem bons pais e possível dificuldade de inserção da criança em virtude da orientação sexual do adotante.

O art. 43 do ECA predispõe o deferimento da adoção à presença das reais vantagens para o adotando. Nesse sentido, a adoção se configura como um sistema de proteção às crianças capaz de satisfazer todas as funções da relação filial.

A Lei Nacional de Adoção, por sua vez, instituiu que, ao menor em situação de risco e nos casos de destituição do poder familiar, o Estado deverá preservar a criança ou o adolescente, dando-lhe apoio socioeconômico e referências morais e afetivas no plano familiar no intuito de readaptá-lo ao seu seio familiar originário, na figura de seus pais, ou mesmo de família extensa.

No anseio de constituição familiar combinado com as reais vantagens que uma adoção possa trazer para o adotando (art.43, ECA) casais homoafetivos podem ter seus pedidos de adoção pela justiça brasileira.

Nesse sentido Maria Berenice Dias esclarece 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”.²⁹

Mister também ressaltar que art. 42,§ 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como requisito para a adoção conjunta que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. Deste modo, a orientação sexual não pode, jamais, ser um indexador de consecução de tutelas jurídicas ou sociais.

As normas e principalmente os preceitos fundamentais constitucionais devem ser interpretados de maneira que possam se adequar as 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.

Apesar de constantemente nos depararmos com casais homoafetivos, em relações estáveis, pautadas pelo amor, respeito mútuo e afeto com todas as configurações fundamentais de uma família, lutando pelos direitos de adotar filhos, o legislador segue a linha das bancadas que, fazendo mão dos mais variados argumentos, negam ao homossexual a possibilidade de pleitear a guarda de uma criança junto de seu parceiro, mascarando uma situação atual e usando de artifícios que dificultam a plena igualdade social, tanto para os candidatos a pais quanto para as crianças abrigadas.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 214.

3.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Quando se fala em adoção a primeira imagem que surge no imaginário da sociedade em que vivemos, é a adoção convencional, pois, ainda há enorme resistência em aceitar a possibilidade de pares homoafetivos habilitarem-se para a adoção.

São suscitadas dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento da criança em virtude da crença de que ao exercer a homoparentalidade os pais/mães dos adotados não seriam capazes de criar seus filhos adequadamente, além das implicações psicológicas fruto da falta de referências comportamentais heterossexuais.

Os defensores desta corrente contrária argumentam 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 psicologicamente desorientados e desajustados devido, especialmente, à orientação sexual dos adotantes.

Em contrapartida, para os defensores da adoção homoafetiva estes motivos não devem prosperar, pois acreditar que uma criança possa espelhar-se nos moldes dos pais e vir a ser um homossexual é algo muito relativo, pois se isso fosse regra, casais heterossexuais não teriam filhos homossexuais.

Defensor da adoção homoparental, 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”³⁰ se sobrepõe à interferência que a orientação sexual exerce sobre os filhos.

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.

Outra tese bastante aventada pelos que são contrários à adoção por pares homoafetivos afirma que os adotandos seriam alvo de repúdio no meio em que frequentam ou vítima se chacota por parte dos colegas.

³⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. 4.Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 122.

Nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homossexual será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo em sua inserção social. Permitir que o preconceito prevaleça e identificar os vínculos homoparentais como promíscuos gera a falsa idéia de que não se trata de um ambiente saudável para o seu bom desenvolvimento.

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. Ademais, não há comprovação científica de que uma criança ou adolescente venha a desenvolver uma patologia psicológica ou se tornar homossexual porque está inserida numa família homoparental.

O processo de adoção deve ser desenvolvido sempre se avaliando o que será melhor para a criança ou adolescente, independentemente da orientação sexual dos adotantes, que em nada medirá a capacidade desta ou daquela pessoa de ser bom pai ou boa mãe, pois o que se pretende é retirar os infantes dos abrigos e inseri-los no aconchego oferecido em um lar constituído por uma família verdadeira. Sendo assim, é imprescindível a assistência psicológica e multidisciplinar durante todo o processo e, em alguns casos, depois de concluído o procedimento.

Vale ressaltar que, devido à sua contribuição no processo de adoção, os psicólogos e assistentes sociais devem agir com profissionalismo e, se possível, com o máximo de imparcialidade, não permitindo, em hipótese alguma, que suas crenças como indivíduos prejudiquem o desenrolar do processo, sobretudo, quando tratar-se de adoção homoafetiva, pois se sabe que alguns profissionais da área dificultam o procedimento por intermédio de decisões preconceituosas, esquecendo que o que deve ser levado em consideração é se há ou não reais vantagens para o adotando.

O que deverá impedir o acolhimento de pedido de adoção é o comportamento desajustado do homossexual e não sua orientação sexual. O que deve ser imprescindível é observar se o candidato reúne características, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável. Todas as características podem ser encontradas numa família homoafetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho monográfico foi analisar a possibilidade da adoção de crianças por casais homoafetivos diante do reconhecimento dado pelo STF à união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Primeiramente, quanto ao estudo realizado constatou-se que a Nova Ordem Constitucional rompeu de vez que o modelo familiar patriarcal positivado no Código Civil de 1916, cuja principal finalidade estava centrada na procriação e sua constituição se limitava aos laços sanguíneos e ao matrimônio. Nesse sentido, consagrou o constituinte de 1988 o princípio da afetividade como principal elemento caracterizador da família moderna, reconhecendo, portanto, a pluralidade de entidades existentes, inclusive as formadas por pessoas do mesmo sexo.

Hodiernamente, através deste princípio, muitos pares homoafetivos 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.

Do estudo do instituto da adoção percebeu-se que o ECA autoriza a adoção por uma única pessoa, não faz qualquer restrição quanto a orientação sexual do adotante e nem tampouco exige estado civil específico dos requerentes. Com isto, não há no ordenamento jurídico brasileiro nada que impeça a adoção conjunta por homossexuais desde que estes preencham os requisitos estabelecidos em lei, ou seja, o imprescindível é que seus motivos sejam legítimos e que representem reais vantagens para o adotando independentemente do modelo familiar que a requerer.

Negar a adoção a um par homoafetivo pelo simples fato de não ser considerado “normal” pela sociedade é um ato de discriminação e infringe o princípio do melhor interesse da criança, o princípio à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Milhares de crianças vivem à margem da segurança e em situações de total abandono. A adoção, nestes casos, é a única possibilidade de devolver a estas pessoas o direito à convivência familiar, ter carinho e a proteção de que necessitam, além de tantos outros elencados no art. 227, da Constituição Brasileira, consubstanciando o Princípio do Melhor Interesse da Criança. 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 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 entrave ao deferimento de pedido de adoção feito por pares homossexuais, já que a própria legislação brasileira não proíbe a união homoafetiva 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.

É preciso abandonar posições arcaicas e preconceituosas e pensar no adotado, no afeto, educação e atenção que irá receber das pessoas que desejam tê-lo como filho (a) e lembrar que o amor poderá fazer dessa criança um ser humano mais feliz.

REFERÊNCIAS

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. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

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. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

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_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional – 15 ed., rev. atual. e ampl. , Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br

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/dianacional-da-adoacao-50-mil-criancas-ainda-vivem-em-abrigos.jhtm>>. Acesso em: 16 mar 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: 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, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Introdução aos princípios constitucionais do direito de família*. In: _____. *Direito das famílias*. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 4 jan. 2014.

SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. *Anotações sobre a guarda compartilhada*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

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

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

WEBER, Lúcia N. Dobriansyj. *Laços de Ternura: Pesquisas e histórias de adoção*. Curitiba/PR: Editora Juruá, 2009.