

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA – ESMA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICIÁRIA**

LAURIANA GOMES FONTES

**A ADOÇÃO DE CRIANÇAS NOS RELACIONAMENTOS DE CASAIS
HOMOAFETIVOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO ATUAL**

SOUSA

2014

LAURIANA GOMES FONTES

**A ADOÇÃO DE CRIANÇAS NOS RELACIONAMENTOS DE CASAIS
HOMOAFETIVOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO ATUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação apresentado à Universidade Estadual da Paraíba, em parceria com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Especialista em Prática Judiciária.

Orientador: Prof. Me. Hugo Gomes Zaher

SOUSA

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.

F677a Fontes, Lauriana Gomes.

A adoção de crianças nos relacionamentos de casais homoafetivos sob a perspectiva do direito brasileiro atual [manuscrito] / Lauriana Gomes Fontes. - 2014.

46 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judiciária) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Hugo Gomes Zaher, Departamento de Direito".

1. Direito familiar. 2. Adoção. 3. Casais homoafetivos. I.
Título.

21. ed. CDD 346.015

LAURIANA GOMES FONTES

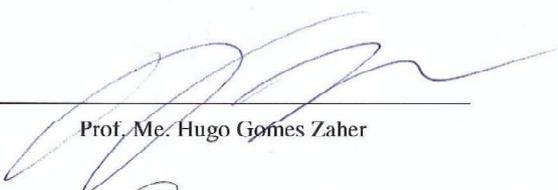
**A ADOÇÃO DE CRIANÇAS NOS RELACIONAMENTOS DE CASAIS
HOMOAFETIVOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO ATUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação apresentado à Universidade Estadual da Paraíba, em parceria com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Especialista em Prática Judiciária.

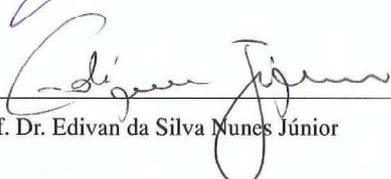
Orientador: Prof. Me. Hugo Gomes Zaher

Banca examinadora:

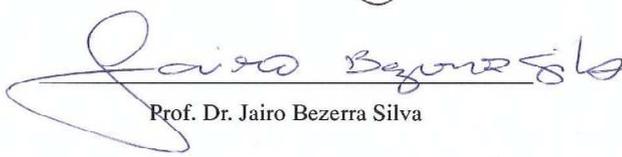
Aprovado em: 30 / 06 / 2014



Prof. Me. Hugo Gomes Zaher



Prof. Dr. Edivan da Silva Nunes Júnior



Prof. Dr. Jairo Bezerra Silva

AGRADECIMENTOS

Agradeço este trabalho, primeiramente, a Deus, pela oportunidade de galgar mais um degrau na minha vida.

A minha família, pela confiança que sempre depositaram em mim e pela dedicação empenhada para concretização dos meus sonhos.

A Alessandra, pelo apoio e incentivo nos momentos decisivos.

A todos que, direta ou indiretamente, participaram dessa etapa de minha vida, principalmente as minhas amigas de trabalho e de especialização: Áurea, Guiomar, Marivalda e Raissa, pelos momentos que compartilhamos durante o período de estudo.

Ao meu orientador, Dr. Hugo Zaher, pela disponibilidade, generosidade, auxílio e direção na confecção deste trabalho monográfico, como também a todos os professores, aos quais tive o prazer de conhecer.

A Luiz Rômulo, meu coorientador, pela prontidão pela qual aceitou me acompanhar, prestando relevante contribuição para o desenvolvimento deste trabalho.

“Não somos todos iguais, somos diferentes, e não há na vida nenhuma qualidade tão universal como a diferença”.

(Montaigne)

RESUMO

A referida monografia retrata a adoção por casais homoafetivos, onde, através de pesquisa bibliográfica junto a doutrinas, leis e jurisprudências, o presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de refletir sobre a proteção àqueles que possuem condições de formar uma família, independentemente da sua orientação sexual. Para isso, aborda-se a história da homoafetividade, para que se possa entender a origem dessa forma de se relacionar, os direitos fundamentais e a evolução da tutela da família dos casais homoafetivos, bem como, a evolução e a viabilidade da adoção. Diante de tal premissa e em consonância com os princípios constitucionais, notadamente os inseridos dentre os direitos e garantias fundamentais, viu-se no nosso direito contemporâneo o reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, gerando direitos e obrigações equiparadas ao instituto da união estável. Provou a mais elevada Corte Jurisdicional (STF) que a ausência de leis não significa inexistência de direitos, reconhecendo, por unanimidade, a união entre casais do mesmo sexo. Diante disso, companheiros em união homoafetiva pública e duradoura terão os mesmos direitos e deveres das famílias tradicionalmente formadas, não fazendo sentido, assim, existir razão para uma suposta exclusão destes casais, principalmente, nos processos de adoção. O que deve ser levado em consideração é o amor que os adotantes podem oferecer, bem como garantir o bem-estar no âmbito social. Ademais, este trabalho enfatiza o louvável papel da jurisprudência, em reconhecer aos pares homoafetivos o direito de adoção, promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana e vindo a consolidar um progresso social e humanitário. Portanto, mostra-se que é de grande relevância que o nosso sistema jurídico regule a referida adoção, pois possibilitaria que crianças e adolescentes se tornassem membros de um grupo familiar, cercado pelo amor e o afeto, que tanto o ser humano necessita para desenvolver-se equilibradamente.

Palavra-Chave: Casais homoafetivos. Adoção. Crianças e adolescentes. Família.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO HOMOAFETIVA.....	12
2.1 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	12
2.2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	14
2.3 EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL À UNIÃO HOMOAFETIVA.....	16
2.4 O VALOR DO AFETO NAS FAMÍLIAS MODERNAS	19
3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NA LEGISLAÇÃO CIVIL.....	22
3.1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	22
3.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	23
3.3. REQUISITOS	24
3.4. PRINCIPAIS EFEITOS	26
4 A ADOÇÃO NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: ASPECTOS LEGAIS E SOCIAIS.....	28
4.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA.....	28
4.2 A SOCIEDADE E A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	30
4.3 A TUTELA JURÍDICA DO ESTADO NA AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA PARA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: VISÃO CASUÍSTICA E JURISPRUDENCIAL.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

1 INTRODUÇÃO

O respeito à dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental que permite se falar em Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto os princípios da igualdade e da liberdade. A igualdade é reiteradamente invocada na Constituição Federal. De fato, é outorgada proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Sendo assim, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, a primeira referência é ao direito à igualdade, como reza o art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Esse verdadeiro dogma é repetido no primeiro inciso do referido dispositivo, ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo.

Ademais, o nosso legislador brasileiro, mesmo com essa nova concepção humanizadora e ciente dos princípios fundamentais constitucionais, continua omissa em não reconhecer, constitucionalmente, no rol das entidades familiares, as uniões homoafetivas. Porém, o preconceito não pode ensejar que um fato social não se inclua no âmbito de proteção do Estado.

Entretanto, se observarmos o transcurso histórico, muitas foram as transformações no Direito de Família brasileiro visando à aproximação para com as práticas das relações sociais, como é o caso de vários projetos de leis engavetados na Comissão de Constituição e Justiça, que mesmo tendo os legisladores pleno conhecimento de que a Constituição Federal de 1988 direcionou-se à promoção da dignidade da pessoa humana, almejando a efetividade dos direitos constitucionais, sob o manto de valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e, sobretudo, sem preconceitos.

Percebe-se que, apesar de ainda não existir uma legislação específica, a vida, na sua complexidade, segue seu curso e várias crianças exercem relações familiares com homossexuais. Esta exclusão do ordenamento jurídico expresso, por consequência, atinge justamente aqueles que deveriam estar tutelados de forma privilegiada. Contudo, a realidade mutante continua a exigir novas estruturas jurídicas de respostas.

Embora tais uniões careçam de regulamentação legal, o poder judiciário brasileiro, embasado numa em princípios constitucionais cabíveis à espécie, reconheceu, no julgamento da ADI nº. 4.277, a união entre casais do mesmo sexo.

Demonstrou a Suprema Corte que a ausência de leis não significa a inexistência de direitos, precisamente porque as relações homoafetivas geram consequências jurídicas, merecendo, assim, a proteção jurídica do Estado.

Na referida Ação Direita de Inconstitucionalidade, o relator, Ministro Ayres Brito, enfoca no seu belíssimo voto, dentre outros fundamentos, a teoria Kelseniana, segundo a qual “tudo o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, dando sentido à regra de clausura ou fechamento hermético do direito.

O julgamento acima citado, que teve um placar de 10 (dez) votos a 0 (zero), descartou qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável entre casais do mesmo sexo, reconhecendo-os como entidade familiar, comparada a união estável, com os mesmos direitos e obrigações.

Com esse extraordinário julgamento, verificou-se o progresso social e humanitário do Poder Judiciário Brasileiro que, numa postura verdadeiramente atrelada aos direitos e garantias fundamentais, repudiou qualquer forma de preconceito na sociedade democrática de direito.

Relatou-se ainda que, ante a decisão do STF, alguns doutrinadores civilistas e das jurisprudências pátrias, em especial as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já consideravam, há tempo, as uniões homoafetivas como sociedades de fato, onde reconhecia direitos e obrigações para os companheiros que viviam em união estável.

Verifica-se, então, que a doutrina moderna já vinha ultrapassando a visão restritiva em discussão, repelindo a discriminação da homossexualidade e opinando pelo reconhecimento da união de casais do mesmo sexo como entidades familiares. Aduz que a natureza afetiva do vínculo mencionado em nada diferencia das uniões entre homem e mulher, sendo equiparadas, via analogia, às uniões estáveis, gerando seus respectivos direitos e obrigações.¹

É totalmente inadmissível, num Estado Democrático, a inexistência de norma regulamentadora sobre um determinado fato social que precisa da proteção estatal, em razão de preconceitos, dogmas religiosos, conservadorismo jurídico e suposta moral social.

Tem-se que o Direito não regula sentimentos, mas sim as relações com base neles gerados. As uniões entre pessoas do mesmo sexo representam um fato social cada vez mais constante em todo mundo, não merecendo tais cidadãos, que se unem e convivem juntos formando verdadeiras entidades familiares, ficarem desprotegidas pelo poder estatal.

No presente trabalho, busca-se demonstrar, a inércia do Poder Legislativo Brasileiro e, num passo à frente, o progresso social e humanitário do Poder Judiciário que,

¹ Percebe-se que o legislador constituinte alargou o conceito de família para além do casamento, tanto que reconheceu a união estável e a família monoparental. O casamento e a fertilidade ou existência de prole não são mais pressupostos, para que a convivência entre duas pessoas mereça reconhecimento e proteção do Estado. Logo não se permite mais a exclusão do conceito de entidade familiar, as relações homoafetivas, reconhecendo e aplicando seus direitos no âmbito do direito das famílias.

utilizando-se da hermenêutica jurídica, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a a união estável, com os mesmos direitos e obrigações.

Diante do princípio da igualdade, os casais homoafetivos teriam, teoricamente, o mesmo direito de um casal tradicional. O objetivo da adoção é dar um lar ao adotado, bem como satisfazer o desejo do casal em ter um filho que, muitas vezes, não é possível por meio de métodos biológicos. Afinal, entidade familiar é formada com base no afeto, no amor e no carinho que as pessoas pretendem dar ao menor adotado, indiferente se a família for constituída de homo ou hétero.

Ademais, verifica-se que o presente estudo tem por objetivo caracterizar a adoção por casais homoafetivos e descrevê-las em sua importância, refletindo-se sobre os direitos dos pais e, ao mesmo tempo, das crianças e adolescentes.

No primeiro capítulo, relatamos o instituto da união estável e da união homoafetiva, onde mostramos a inserção da família na Constituição Federal de 1998, a qual se reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando tal instituto à união homoafetiva. Ressalta-se sobre o valor do afeto nas famílias modernas, no intuito de demonstrar que o direito, conforme já mencionado, não regula sentimentos, mas as relações com base neles geradas.

No segundo capítulo, busca-se definir os Aspectos Gerais sobre a Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Legislação Civil, onde foi especificada de um modo geral, tendo como sua principal meta viabilizar um lar, seja para criança ou adolescente que está desamparado em abrigo. Aborda-se ainda, os requisitos necessários para tal fim, como também seus efeitos perante o direito.

No terceiro capítulo, aponta-se o descaso do legislativo brasileiro na normatização da união homoafetiva, evidenciando o seu verdadeiro papel, bem como a sua postura discriminatória diante da sua inércia. Ainda, faz-se alusão ao progresso do Poder Judiciário, que sob a orientação de jurisprudências, concede o direito dos homossexuais da adoção entre outras prerrogativas.

No que se refere à metodologia, o presente trabalho fincou-se no método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral sobre o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, assegurando obrigações e direitos na vida particular de cada pessoa homossexual. Este foi também embasado em obras doutrinárias, notícias veiculadas pela mídia, jurisprudências entre outras informações.

Portanto, é de suma importância que neste trabalho os leitores façam uma reflexão quanto à necessidade de se garantir o Direito de adoção aos casais homoafetivos, frente a uma sociedade contemporânea constituída pela família com base no amor. Neste sentido, é melhor

garantir o direito destas crianças a um lar, do que submetê-las a ficar jogadas em abrigos, privando-as de atenção e carinho.

2 UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO HOMOAFETIVA

2.1 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao longo dos tempos, a família passou por uma gradativa evolução e sofreu grandes mutações. Modernamente falando, há de ressaltar que houve grande mudança no que tange à época em que vigia o Código Civil de 1916 e o advento do Código Civil de 2002. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 16) assim estabelece nesse sentido:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação.

As evoluções e mutações supracitadas passaram pela Revolução Industrial, momento crucial para inserção da mulher no mercado de trabalho, fato este, que redundou numa revolução do conceito de família. Neste diapasão, juntamente com a conquista da mulher ao direito de trabalho, a conquista ao direito de votar pode ser considerada uma quebra de paradigma, diante da postura eminentemente machista da sociedade.

A sociedade, a princípio, somente reconhecia como família aquela constituída pelo matrimônio, uma vez que a legislação apenas tratava sobre o casamento, relações de filiação e o parentesco. Entretanto, com a constante mutação do seio familiar e, tendo em vista que cabe ao Estado o dever jurídico constitucional de implementar as medidas necessárias para a constituição e desenvolvimento das famílias, surgiu ao longo da história humana o reconhecimento de relações extramatrimoniais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento deixou de ser a única instituição prevista legalmente pelo Estado e aceita moralmente pela sociedade. Desde então, tornou-se verificável uma superação progressiva do preconceito em relação às uniões não abrangidas pelo instituto do casamento. A família oriunda do casamento e da união estável passou a ter tratativa constitucional e o direito civil, inevitavelmente, adequou-se a tal realidade; neste diapasão, a família passou a ser reconhecida como formadora de núcleo familiar.

Notoriamente, o Poder Constituinte buscou diferenciar as espécies de família no nosso ordenamento jurídico; entretanto, é inquestionável que elas são faces de uma mesma realidade, uma vez que são baseadas no afeto, podendo ser conclusivo que as mudanças reclamadas pela sociedade não ocorreram de modo completo. Isso pode ser observado no fato

de que o casamento e a união estável continuaram limitados ao vínculo entre homem e mulher e a relação de pessoas do mesmo sexo continuou à margem da regulamentação.

A nossa Constituição criou um novo conceito de entidade familiar, tão logo outorgou, independentemente da celebração do casamento, a proteção à família, de modo a albergar outros vínculos afetivos. Segundo Lobo (2002, p. 95), “O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão da família, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”.

Atualmente, acerca das relações extramatrimoniais, afirma-se que o núcleo familiar pode ser formado: pela união estável (art.226, §3º), pela união de um dos pais com seus descendentes, formando famílias monoparentais (art. 226, §4º) e, até mesmo pela união homoafetiva.

Apesar de ser tema omissivo no nosso ordenamento jurídico, o último núcleo familiar supracitado é, sem sombra de dúvidas, muito discutido pela doutrina e jurisprudência, devido à sua própria existência na sociedade. Desta forma, pela Constituição de 1988, a entidade familiar passa a ser entendida como um meio de promoção da felicidade de cada um dos seus membros.

Neste sentido, a Carta Magna inseriu a proteção à família plural, o respeito à dignidade humana, à liberdade, à garantia aos direitos fundamentais, conferindo, sobremaneira, igualdade entre homem e mulher, não proibindo em seu texto legal a união entre pessoas do mesmo sexo. Conclui-se, desta maneira, que mera lei ordinária poderia regulamentar vínculos homoafetivos, uma vez que a busca da felicidade e a família fundada na afetividade são os fundamentos que devem ser considerados em todos os relacionamentos.

De toda forma, o legislador constituinte não cuidou em estabelecer um conceito do termo família, deixando para o intérprete à missão de adequar as relações cotidianas ao modelo de família protegida pelo Estado.

A Constituição atual passou a reconhecer a família como a base da sociedade e, com isso, passou a propiciar-lhe especial proteção a partir do momento em que faz expressa referência ao casamento, à união estável e às famílias formadas por um só dos pais e seus filhos.

A família deixou de ser considerada como um meio de produção e reprodução dos valores religiosos, éticos, culturais e econômicos, uma vez que adquiriu caráter instrumental, perdeu seu caráter institucional, configurando-se um novo modelo de família essencial para o desenvolvimento da personalidade e a valoração da dignidade da pessoa humana de seus membros.

2.2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Para a sociedade, enquadra-se nos moldes de um núcleo familiar a união entre pessoas de sexo oposto, legalizada ou não e com razoável duração, perfazendo-se assim, um agrupamento de pessoas unidas por vínculos afetivos, laços de sangue e comunhão de interesses.

O marco inicial do matrimônio se dá através de um ato solene, considerado como termo inicial uma celebração formal, fato que o diferencia da união estável. Esta, por sua vez, não é revestida de formalidades, iniciando-se a partir do momento em que ocorre a união de companheiros que passam a residir sob o mesmo teto, mantendo uma convivência como se casados fossem.

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz (2002, p. 316-319):

Meras relações sexuais acidentais e precárias, ainda que repetidas durante muito tempo, não revelam companheirismo, que requer estabilidade, ligação permanente entre homem e mulher para fins essenciais à vida social, isto é, aparência de casamento ‘perante terceiros ou de posse de estado de casado’. Ante o fato de a Lei n. 9.278/96 e o Código civil, art. 1.723, não mais determinarem prazo, a doutrina tem-se preocupado com o tempo, prevalecendo a opinião de que o período de 5 anos de permanência das relações (CGJSP – enunciado 4) é suficiente para configurar o estado convivencial, embora, para efeitos de investigação de paternidade, possa tal prazo ser de meses ou dias. Há quem entenda ser desaconselhável a fixação a *priori* do lapso temporal da convivência, aplaudindo o novo Código Civil, que não exige tempo mínimo para a configuração da estabilidade de qualquer prazo afastaria a tutela legal certas situações que a ela fariam jus e daria ensejo a manobras de fraude à lei com interrupção forçada da convivência às vésperas da consumação do lapso temporal para o seu reconhecimento e para a produção de seus efeitos jurídicos.

Em razão de notória discriminação, durante muito tempo a união estável sofreu com inércia do Poder Legislativo, quando este poderia lhe conceder status de entidade familiar. Nesse longo caminho, a união estável figurou como instituto estigmatizado, semelhante ao concubinato, refletindo no seio social como uma relação considerada imoral.

Na Constituição Federal de 1988, o legislador positivou o instituto jurídico da união estável, que já se apresentava como de costume e que, de fato, existia na sociedade, conseguindo ampliar o conceito de família e protegendo igualmente todos os seus membros. A partir daí, a união estável foi institucionalizada como união de direito.

A Constituição Federal de 1988 representou uma inovação na forma de se assimilar uma constituição familiar, uma vez que esta deixou de se originar, necessariamente, de um casamento formal, podendo ser fruto de uma “união estável” entre um homem e uma mulher.

De acordo com o art. 226, § 3º da Carta Magna, a união estável deverá contar com a proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Acerca da união estável, ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 353):

A Constituição Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação (CC, art. 1.723, §§ 1º e 2º).

O Código Civil de 2002 sistematizou a matéria relativa à união estável com a interferência dos tradicionalistas que ainda se posicionavam, mesmo vencidos, sobre um tratamento diferenciado do instituto em tela e o casamento tradicional.

Assim, vê-se que no Código Civil o tratamento dado ao casamento não é o mesmo dado à união estável, embora a Carta Magna assegure a mesma proteção do Estado a esses dois modelos de entidades familiares.

Mesmo sabendo que não há hierarquia entre ambas as entidades familiares, verifica-se que na legislação infraconstitucional a distinção é clara e já se inicia quando a união estável é prevista em capítulo distante do que regula o instituto do casamento. Com propriedade no assunto, doutrina Maria Berenice Dias (2009, p. 91):

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei civil, de forma retrógrada e equivocada, outorgou à união estável tratamento diferenciado em relação ao matrimônio. [...] Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de ser ter simplesmente tal referência como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, deve tal omissão ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o cônjuge é necessário ler-se cônjuge ou companheiro. Por exemplo, como os cônjuges, os companheiros também têm acesso ao planejamento familiar (CC 1.565 § 2º).

Apesar do exposto, tal diferenciação não merece respaldo, a um porque as normas constitucionais prevalecem sobre as infraconstitucionais; a dois porque a única e verdadeira diferença dos institutos em tela é verificada na forma de sua constituição, haja vista o primeiro ter como pressuposto a celebração do matrimônio, enquanto que o segundo possui origem a partir do preenchimento dos requisitos necessários para a sua configuração, como, v.g., o *affectio maritalis*, publicidade, estabilidade e continuidade, dentre outros.

Com o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988, como mais uma forma de família, esta foi tema de vários projetos de lei que buscaram estabelecer normas para a nova modalidade de entidade familiar. Dos vários projetos que tramitaram no Poder Legislativo, dois foram aprovados e transformados em lei; são as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

No Código Civil de 2002, a união estável ganhou um capítulo próprio contendo novas normas. Trazendo em seu texto avanços e retrocessos, o novo diploma legal teve o cuidado de distinguir o concubinato da união estável.

2.3 EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL À UNIÃO HOMOAFETIVA

Protegida pela Constituição Federal, o instituto jurídico da união estável tem garantido o status de família, constando em sua redação, que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento.

Amoldar a união homoafetiva com união estável se esbarra em grandes dificuldades, uma vez que esta consiste na união de pessoas de sexos distintos, ou seja, é formada por um relacionamento existente entre um homem e uma mulher, conseqüentemente, estando excluídas as relações homoafetivas. De acordo com Vechiatti (2008, p. 308):

[...] não há que se falar em possibilidade de aplicação do instituto da união estável somente aos casais heteroafetivos, tendo em vista que tal entendimento afronta diretamente o princípio da isonomia, protegido constitucionalmente, inclusive como cláusula pétrea de nossa Carta magna. Isso porque o não reconhecimento da união estável homoafetiva caracteriza discriminação por orientação sexual e mesmo discriminação sexual, tendo em vista que, se não fosse especificamente ele (ou ela) do seu sexo, mas alguém sem sexo oposto em sua situação, não haveria discussão alguma ao reconhecimento do Direito de Família como o aplicável à sua relação, com todas as conseqüências benéficas que dito reconhecimento traz – como o direito a alimentos, meação patrimonial de acordo com o regime de bens escolhido etc. Afinal, a orientação sexual do indivíduo só pode ser verificada quando da exteriorização do amor dele para com aquele (a) com quem mantém um relacionamento amoroso, ou seja, pela verificação do sexo da pessoa para com a qual exterioriza seu amor romântico.

É válido ressaltar que, além do sentimento de afeto que unem os pares homossexuais, são considerados como elementos caracterizadores da união estável, conforme ensinamentos de Fernandes Neto (2006): o objetivo de constituir família (ideia de vida em comum, dever de mútua assistência); a estabilidade (caracterizada pela união estável duradoura e sólida); a continuidade (união estável ininterrupta); a notoriedade (o casal deve ser socialmente reconhecido como tal).

Diferentemente, a união estável homoafetiva resta configurada quando duas pessoas do mesmo sexo, unidas por intenso amor, afeto e identidade de projetos, resolvem viver sob o mesmo teto, um relacionamento baseado no respeito recíproco, de forma pública, contínua e duradoura; tal relacionamento forma uma família homoafetiva.

Acerca dos relacionamentos homoafetivos, destaca-se o posicionamento de Vechiatti (2008, p. 223-224):

Hoje, tais uniões são relegadas a segundo plano sem qualquer fundamento normativo, donde se percebe que tal ocorre por mera construção doutrinária contra *legem* criada pelos profissionais do Direito. Contudo, ao contrário do que estes entendem, o amor familiar é o elemento essencial das relações interpessoais que dão origem às famílias oriundas da união amorosa. Sem ele, não há como falar em ‘casal’, pois duas pessoas que não sintam profundo amor uma pela outra não terão livre vontade de se relacionar em uma comunhão de vida e interesses. Por mais que o Direito não regule os sentimentos puros, isoladamente considerados, a partir do momento em que estes são associados a outros fatores (comunhão de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura), passam a produzir efeitos no mundo jurídico e, portanto, a merecer a proteção do Estado. [...] No caso das uniões homoafetivas, que são fatos jurídicos, é necessário o reconhecimento de seu *status* familiar para que passem a gozar da proteção legal existente para a família, tendo em vista que ditas uniões formam, sim, uma entidade familiar [...].

Diante dos ensinamentos doutrinários acima descritos, pode-se concluir que, havendo a presença dos requisitos ensejadores da união estável, à exceção da diversidade de sexos, não se pode atribuir antijuridicidade às uniões homoafetivas. Conforme disposto no art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro, estas uniões podem ser reconhecidas judicialmente, em caso de inexistência de litígio, através de ação declaratória, uma vez que “se destina apenas a declarar a certeza da existência ou inexistência de relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento”.

A jurisprudência pátria tem apresentado avanço satisfatório, contrariando o silêncio do doutrinador, no tocante a garantir aos casais homoafetivos direitos similares aqueles disponíveis aos casais que convivem em união estável. Porém, para se chegar ao reconhecimento efetivo da existência da união homoafetiva, torna-se essencial sua inserção na Carta Maior, garantindo, desta maneira, a igualdade da aplicação da lei, independentemente de qualquer discriminação.

Ressalte-se, de logo, que antes do direito material regulamentar o instituto da união estável, a jurisprudência brasileira, assim como na atual problemática da união homoafetiva, procurou dirimir casos reais, eis que não poderia deixar sem solução casos que sempre estiveram presentes na nossa sociedade.

A partir da previsão constitucional desse novo modelo de entidade familiar, fez-se necessário estabelecer os direitos e deveres inerentes às pessoas conviventes em união estável, fato este que coube às legislações infraconstitucionais, quais sejam, as leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, e, posteriormente, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) que dispôs sobre a união estável em um título próprio, dentro do livro de direito de família.

Conforme dito em capítulo anterior, a união estável, segundo conceito de Maria Berenice Dias, é constituída por uma convivência livre e estável entre pessoas de sexos diferentes, não sendo ligadas entre si pela instituição do matrimônio civil.

De acordo com o conceito em epígrafe e considerando que a Constituição Federal protege a família monoparental, afastando o requisito do casamento para ter-se a ideia de família, não há porque deixar de se reconhecer a união livre e estável entre pessoas do mesmo sexo em analogia à união estável.

A união homoafetiva funda-se na vontade existente entre duas pessoas do mesmo sexo, com intuito comum de firmar uma relação íntima, estável e duradoura, baseada no sentimento de afeto recíproco (*affectio maritalis*), comunhão plena de vidas e compartilhamento de bens, assim, devendo merecer o mesmo reconhecimento jurídico de entidade familiar. Nesse sentido, não existe nenhum obstáculo impedindo que o conceito de união estável seja estendido tanto às relações homossexuais, quanto às heterossexuais.

A elaboração de um dispositivo legal que regulamentasse a união homoafetiva traria maior segurança, pois, o reconhecimento da sua existência possibilitaria a extensão a outros direitos decorrentes do direito de família e do direito sucessório, tais como, direito a alimentos, à adoção por ambos os companheiros, entre outros. Entretanto, enquanto houver resistência para a sua elaboração, nada impede que haja o reconhecimento da união homoafetiva, conforme explicitado.

Reconhecer a união civil homoafetiva não é descaracterizar o tradicional conceito de casamento, muito menos o de entidade familiar entre homem e mulher, mas, tão somente, institucionalizar as relações entre pessoas do mesmo sexo, criando um vínculo jurídico entre ambos, gerador de efeitos pessoais e patrimoniais.

Por meio de uma interpretação teológica², verifica-se que a união homoafetiva tem o mesmo valor a ser protegido dos casais abarcados pela união estável. A própria legislação civil traz resposta, quando relata em seu art. 1.723, que a união estável é pautada por uma

² É a interpretação conforme a intenção da lei. Busca-se entender a finalidade para a qual a norma foi editada, isto é, a razão de ser da norma.

“convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, configurando, assim, os mesmo elementos formadores da união homoafetiva.

Diante do acima exposto, tem-se que as uniões homoafetivas possuem o mesmo valor, na essência, das uniões estáveis. No mais, ambas são pautadas pelo mesmo vínculo de afetividade, pelo mesmo amor familiar, sendo absolutamente irrelevante a questão da sexualidade. Nesse sentido discorre Vecchiatti (2008):

Casais homoafetivos possuem o mesmo amor familiar existente em casais heteroafetivos, razão pela qual se encontram em situação idêntica ou, no mínimo, análoga à destes, donde merecem receber a mesma proteção jurídica que estes recebem.

A ideia do autor é fundamentada na afetividade, eis que defende a norma para se proteger a família na sua essência, ou seja, pautada na afetividade, pouco importando a identidade de sexos do casal.

Atualmente, vários são os posicionamentos e decisões judiciais que sustentam a união homoafetiva como entidade familiar, reconhecendo-a, analogicamente, em comparação à união estável. Segundo Dias (apud, Vecchiatti, 2008, p. 8), “não há dúvidas de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição”.

Esclarecido restou à semelhança entre a união estável e a união homoafetiva, considerando a presença dos mesmos elementos valorativos, dando-se margem para uma interpretação analógica pelo ordenamento jurídico vigente, precisamente em razão da inexistência de norma legal para regulamentar a união de casais do mesmo sexo.

2.4 O VALOR DO AFETO NAS FAMÍLIAS MODERNAS

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2007, p. 22):

O afeto enquanto valor está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana enquanto princípio, pois que constitui o fundamento da comunidade familiar, seja ela biológica ou socioafetiva, devendo o sistema jurídico considerar a afetividade, protegendo-a, para garantir o pleno desenvolvimento e realização de todos os membros componentes da entidade familiar.

Sendo visto como valor, o afeto realiza a dignidade e se afirma como um direito fundamental a ser preservado e protegido nas relações familiares. Segundo Maria Berenice Dias (2007, p. 69) tal proteção deixa “evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é

o princípio da afetividade”, uma vez que dele provém o espírito de solidariedade e cooperação, sentimentos ditados de capacidade de manter a coesão de qualquer célula social.

Como bem jurídico retirado da interpretação “sistemática e teleológica” do art. 266, §§ 3º e 4º e art. 227, §1º da Constituição Federal, a afetividade é um bem jurídico que possui valor, diante do fundamento constitucional, ainda que implícito.

Considerando a nova roupagem do direito de família, bem como os novos modelos de família, tem-se o afeto como elemento norteador dessas relações jurídicas. Vejamos o que diz Maria Berenice Dias (2011, p. 1690):

A lei não imprime a união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. O afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território.

Verifica-se que o afeto, no ordenamento jurídico pátrio, passa a ser tão relevante quanto os demais elementos caracterizadores das uniões estáveis.

Com isso, a nova concepção do direito de família estrutura-se mediante a valorização da afetividade e a primazia da realização pessoal. Assim, percebe-se que o sistema jurídico deixou de se preocupar com os bens da família para dar mais importância ao indivíduo. Com o escopo de complementar tais ideias, ainda nas palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 43):

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

A união homoafetiva surge exatamente da afetividade, sentimento este que gera uma comunhão de vidas, com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, necessitando tão somente da proteção estatal. Também assevera Maria Berenice Dias (2010, p.10) em seu artigo, “Direitos humanos e homoafetividade”, com conhecimentos da primeira edição de sua obra, “união homoafetiva: preconceito e justiça”, a saber:

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao judiciário solver os

conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. A atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual existe num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. Embora tenhamos a possibilidade de escolher se vamos demonstrar, ou não, os nossos sentimentos, os psicólogos não consideram que a orientação sexual seja uma opção consciente que possa ser modificada por um ato da vontade” (CONSELHO Nacional de Combate à discriminação: 2004).

Ademais, verifica-se que a afetividade aparece como o elemento principal do novo modelo de família, o que acarreta o fenômeno da repersonalização, em que o indivíduo e o seu desenvolvimento são a grande preocupação do Estado enquanto protetor da entidade familiar. Nesse sentido, doutrina Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001. p. 93):

Como realçado, enquanto no direito codificado havia preocupação excessiva com as relações patrimoniais, inclusive no âmbito da família, atualmente, diante das mudanças detectadas na sociedade e na sua célula menor, que é a entidade familiar, devem ser destacados os interesses afetivos e existenciais dos familiares, pois somente desse modo, suas potencialidades poderão desenvolver-se e, em última análise, toda a sociedade engrandecerá existencialmente e, reflexamente, materialmente.

Com relação às informações acima, percebe-se que o direito de família passa a interferir efetivamente em vários aspectos das relações familiares, estabelecendo medidas e prevendo comportamentos com o intuito de incorporar valores constitucionais, sendo certo que o afeto tornou-se um dever ético e jurídico que deve ser exercido pelo Estado.

Neste diapasão, não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Ninguém poderá fechar os olhos e assumir postura de caráter discriminatório ou preconceituoso, com o intuito de não enxergar a nova realidade social, enquanto a lei não acompanha a sua evolução. Ou seja, os operadores do Direito não podem ser responsáveis por grandes injustiças, sendo descabido confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. Assim, torna-se indispensável ocorrer uma mudança de valores, abrindo espaços para novas discussões, revolvendo princípios, dogmas e preconceitos.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NA LEGISLAÇÃO CIVIL

3.1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Até chegar à sua concepção atual, a adoção passou por longo processo evolutivo em que os seus caracteres e objetivos foram consideravelmente modificados.

De fato, inicialmente instituída na Antiguidade com o objetivo de perpetuar o culto familiar (Fustel de Coulanges *apud* Caio Mário da Silva Pereira, p. 211), a adoção, no Direito Romano, passou a ser um instituto voltado a atender o interesse do adotante, que não tendo filhos biológicos, almejava trazer para sua família, na condição de filho, uma pessoa estranha à entidade familiar. Somente no Século XX o instituto passou a ser direcionado a atender os interesses do adotado. Nesse sentido, Monteiro (2010, p. 475) diz que:

Enquanto no passado a adoção tinha em vista atribuir prole a casal que não podia ter filhos, satisfazendo seus anseios pessoais e sociais, já que a finalidade do casamento naquela época era o nascimento de filhos e sua criação, atualmente a adoção tem como objetivo principal a proteção de crianças e adolescentes em situação de abandono, inclusive porque a finalidade do casamento nos dias de hoje é a realização pessoal ou felicidade, nem sempre atrelada à existência de filiação.

Pode-se observar, pois, que antes da atual disciplina, havia uma intensa distinção entre filhos legítimos e adotivos, principalmente no campo sucessório, em que a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária, não integrava o adotado à nova família, permanecendo ligado aos parentes consanguíneos. Neste sentido, estabelecia o art. 377 do Código Civil (CC) de 1916: “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo”.

Outra marca da adoção no CC de 1916 era a revogabilidade. Nesse período, sendo a adoção ato jurídico de direito privado, em que não havia a participação do Estado, seu vínculo extinguia-se por ato bilateral das partes.

Algumas leis editadas ainda sob a vigência do CC de 1916 trouxeram algumas inovações ao instituto, como a Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, que reduziu de 50 (cinquenta) para 30 (trinta) anos a idade mínima para pleitear a adoção e atribuiu direitos sucessórios ao adotado, desde que o adotante não tivesse prole; a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, que criou a legitimação adotiva, estabelecendo um vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotado e adotante (igual ao vínculo que liga o pai ao filho consanguíneo); a Lei nº

6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores, que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) deu um grande passo ao proibir quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, equiparando os filhos adotivos aos filhos biológicos (art. 227, § 6º) e ao determinar que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (art. 227, § 5º), constituindo-a em ato complexo com marcante interesse público, tornando-a ação de estado, de caráter constitutivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, trouxe como principal inovação a regra da adoção plena para os menores de 18 anos. Esta é mais ampla, apaga todos os vínculos com a família biológica, integrando totalmente o adotado à família do adotante. A adoção do maior de 18 anos era mais restrita, promovida por meio de escritura pública.

Finalmente, a Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 acabou com essa distinção ao dar nova redação ao art. 1.619 do CC:

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Ao contrário da filiação natural a adoção não se funda em um vínculo de sangue, mas sobre o vínculo afetivo. Isso porque ela atribui a condição de filho à pessoa estranha a entidade familiar.

Baseada nas definições formuladas pelos civilistas clássicos, Diniz (2010, p. 522) com precisão e clareza assim a conceitua:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Revela-se, pois, em uma ficção jurídica, por meio da qual se constitui um parentesco de primeiro grau na linha reta entre adotante e adotado. Essa relação de parentesco

é irrevogável, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, exceto os impedimentos matrimoniais.

Na vigência do CC de 1916, a adoção tinha caráter nitidamente contratual, tendo em vista a exigência de escritura pública e a possibilidade de dissolução do vínculo pelo acordo de vontades. Orlando Gomes (2000, p. 371), entretanto, não a considerava um contrato, por atribuir-lhe sentido de direito patrimonial. Para ele:

Por exigir o *concurso de vontades*, forma-se como todo contrato, mas não têm as partes liberdade para a regulação dos seus efeitos, devendo, necessariamente, aderir ao esquema preestabelecido na lei. Constitui-se bilateralmente, limitando-se, à sua formação a *autonomia privada*.

A adoção, no sistema atual (CF/88, CC e ECA), não mais carrega o caráter contratualista, passando a constituir-se, conforme ensina Gonçalves (2010), “por ato complexo e a exigir sentença judicial”, sendo, pois, ato jurídico marcado pelo interesse público. Nesse sentido, é ação de estado, de caráter constitutivo.

3.3. REQUISITOS

Consubstanciando-se no Princípio da Proteção Integral à criança e ao adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera seus destinatários como sujeitos de direito, de maneira contrária ao Código de Menores, uma vez que este considerava as crianças e adolescentes como objetos de direito. Neste sentido, a Lei n.º 8.069/90 dispõe que a criança e o adolescente têm o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou substituta, dentre outros direitos elencados no dispositivo legal.

A adoção figura entre as modalidades de colocação em família substituta, apresentando-se como medida de caráter excepcional, porém, irrevogável, atribuindo a condição de filho ao adotado, propiciando-lhe todos os direitos e deveres inerentes à filiação.

Poderão ser adotadas todas as crianças e adolescentes cujos pais biológicos, adotivos ou seu respectivo representante legal concordem com a medida, bem como, se os pais estiverem destituídos do poder familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece os seguintes requisitos para a adoção:

- a) Idade mínima de 18 (dezoito) anos para o adotante, independentemente do estado civil (art. 42);

- b) Para a adoção conjunta é necessário que os adotantes sejam casados ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade familiar (art. 42, § 2º). Ninguém pode ser adotado por duas pessoas que não sejam casadas ou vivam em união estável. O § 4º desse dispositivo admite a adoção por divorciados, separados judicialmente e ex-companheiros, desde que o estágio de convivência com o adotado tenha iniciado na constância do período de convivência, comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com o não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da medida, e se acordarem sobre a guarda e o regime de visitas.
- c) O tutor ou curador poderão adotar o pupilo ou curatelado, desde que prestem contas judicialmente de sua administração (art. 44);
- d) Diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, de pelo menos 16 (dezesseis) anos (art. 42, § 3º);
- e) Consentimento do adotante, do adotado, de seus pais ou de seu representante legal (tutor ou curador), não cabendo suprimento judicial (art. 166, §§ 2º, 3º, 4º e 6º). Se o adotado for menor de 12 (doze) anos, ou se for maior incapaz, o consentimento é dado através do representante legal (pai, tutor ou curador); se maior de 12 (doze) anos, será necessário seu consentimento em audiência (art. 28, § 2º). O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (art. 45, § 1º);
- f) Intervenção judicial, pois o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, com a intervenção do Ministério Público (art. 47, caput);
- g) Estágio de convivência com o adotando pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso (art. 46). Esse estágio poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (art. 46, § 1º).

Após um lapso temporal de 19 anos, o advento da Lei nº 12.010 (Lei da Adoção), de 03 de agosto de 2009, provocou a primeira grande reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovendo alterações em 54 (cinquenta e quatro) artigos da Lei nº 8.069/90 (ECA) e estabelecendo inúmeras outras inovações legislativas, inclusive em outros Diplomas Legais. Algumas dessas alterações possuem caráter meramente terminológico, porém, outras muito mais profundas e significativas.

3.4. PRINCIPAIS EFEITOS

Os efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal e patrimonial. Os primeiros dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; Os de ordem patrimonial se relacionam aos alimentos, ao direito sucessório e ao usufruto e administração dos bens do adotado, pelo adotante.

O principal efeito da sentença que confere a adoção é, conforme preceitua o art. 41 do ECA, a constituição de um vínculo de filiação entre o adotado e o adotante e sua família, com o conseqüente desligamento do vínculo de parentesco com sua família biológica, exceto para efeitos matrimoniais (art. 41, ECA), para os quais prevalecem os impedimentos previstos no art. 1.521, incisos I, III e V do CC. A adoção produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto no caso de adoção póstuma, em que os efeitos retroagem à data do óbito (art. 47, § 7º, ECA).

A adoção também acarreta a extinção do poder familiar dos pais biológicos, acrescentando Diniz (2010, p. 541):

[...] se o adotado for menor (CC, arts. 1.630, 1.634 e 1.635, IV; RT, 785:211), com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes: companhia, guarda, criação, educação, obediência, respeito, consentimento para casamento, nomeação de tutor, representação e assistência (CC, art. 1.690), administração e usufruto de bens (CC, art. 1.689) [...].

A sentença de adoção confere ainda ao adotado o nome do adotante (art. 47, § 5º, ECA). É admitida, até mesmo, a modificação do prenome, sem qualquer justificativa, bastando que o pedido conste da inicial. O § 6º do mesmo dispositivo determina a oitiva obrigatória do adotando, quando a modificação for requerida pelo adotante, desde que o adotando tenha idade suficiente para compreender a importância da alteração.

Como a adoção estabelece o parentesco de primeiro grau em linha reta entre adotado e adotante, a obrigação alimentar é decorrência direta desse vínculo, de maneira que são devidos alimentos ao adotado nas mesmas hipóteses em que o são pelo pai ao filho biológico. Para Gonçalves (2010, p. 390), esse direito é recíproco, de modo que o adotado também tem a obrigação de prestar assistência ao adotante, “quando capazes economicamente e necessitarem os pais”.

O fato de o § 6º do art. 227 da CF/88 ter assegurado os mesmos direitos aos filhos, afastando a distinção entre parentesco natural e civil, os efeitos sucessórios alcançam o adotado, de maneira que este herda, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, na

qualidade de descendente, afastando os herdeiros pertencentes às demais classes do art. 1.829 do CC. Os efeitos sucessórios também são recíprocos, conforme determina o art. 41, § 2º, do ECA.

O adotante, na qualidade de pai do adotado, de acordo com o art. 1.689, incisos I e II, do CC, é usufrutuário e administrador dos bens do adotado, cuja finalidade é financiar sua educação e manutenção.

4 A ADOÇÃO NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: ASPECTOS LEGAIS E SOCIAIS

4.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Com relação à dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que esta é o princípio fundamental que permite se falar em Estado Democrático de Direito, pois é através daquela que se concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e por consequência do direito.

Ademais, o nosso legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana, sendo tal princípio um dos pilares estruturais da organização do Estado.

Este princípio é reconhecido como centro basilar dos direitos fundamentais, sendo norteador para as demais normas jurídicas, assentando-se nos princípios da igualdade e liberdade. No mais, o presente princípio tem como núcleo essencial a ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.

Nesse contexto, tem-se que o ser humano deve ser aceito independentemente de qualquer atributo intrínseco a sua qualidade de pessoa humana, seja raça, cor, origem, orientação sexual, posicionamento político, enfim, características que formam sua identidade. Porém, vale ressaltar que a discriminação contra homossexuais é histórica, universal, notória e inquestionável em nossa sociedade atual, sendo que tais relacionamentos necessitam de regulamentação, para que não se possa confundir questões jurídicas com morais ou religiosas.

Constata-se que os nossos representantes legislativos temem em aprovar leis que concedam direitos aos homossexuais, por acreditar que seriam reprovados por parte do eleitorado. Sendo assim, entende-se que tal omissão não impede que tais relacionamentos mesmo ante a ausência da lei, não mereçam a tutela jurídica prestada pelo Estado.

Ademais, é no âmbito do Judiciário que as uniões homoafetivas começaram a encontrar reconhecimento, vindo a começar quebrar barreiras do preconceito, dando lugar a compreensão destes vínculos afetivos sem que haja interrogação da identidade dos parceiros.

Conforme relata Paulo Lôbo, as uniões homoafetivas são entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e possuem escopo de constituição de família. Em face disto, o relacionamento

íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, no entanto, é melhor que se faça uma abordagem jurídica e técnica destes casais e não uma análise moral, pois esta última, além de ser de caráter subjetivo concluirá pela negativa de qualquer efeito útil.

O afeto se refere ao amor familiar, ou afeto familiar como menciona Sérgio Rezende de Barros (2011, p. 03) em seu artigo, “a ideologia do afeto”, não sendo qualquer amor que forma a família contemporânea, mas apenas o amor ligado a outros elementos necessários para tanto. Relata o mencionado autor:

[...] afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas- de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

Evidente que a família não se restringe mais aos aspectos biológicos, mas aos laços de afetividade, ou seja, a um sentimento estrutural, essencial, capaz de propiciar a comunhão de vida entre as pessoas que compõem essa entidade familiar. Como afirma Dias (2011. p. 42):

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O Elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

A ligação entre a orientação sexual de um ser humano e a proteção da dignidade humana é direta, tendo em vista que o Estado democrático de direito possui como seu fundamento no art.1º, III, da CF, “a dignidade da pessoa humana”, sendo que a segurança fornecida ao cidadão independe de sua orientação sexual, não se incumbindo apenas de proteger as pessoas contra os problemas e crimes presentes na sociedade, mas também deve proporcionar de maneira concreta a liberdade individual de todos. Corrobora Dias (2009, p. 103):

Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamentalmente perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.

Não deve o Estado determinar um público alvo de sua tutela, nem determinar condutas a serem seguidas, invadindo a esfera privada da pessoa humana. É inadmissível que a proteção estatal seja vinculada a diversidade de sexos, deixando de proteger as uniões homoafetivas, onde sua formação tem como elo essencial, o afeto.

Portanto, a partir da afirmação da centralidade do princípio da dignidade humana no direito brasileiro, é fundamental que o Estado repreenda qualquer espécie de discriminação seja por parte do próprio Estado, ou da sociedade. Contudo, deve-se irradiar tal princípio constitucional e sua força normativa para todo o ordenamento jurídico, impedindo que as relações homoafetivas continuem a serem vistas e tratadas como algo anormal, não pertencendo ao rol da dignidade da pessoa humana.

4.2 A SOCIEDADE E A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Verifica-se que nas últimas décadas, com o processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como consequência, assumiram publicamente suas relações homoafetivas.

Em todo o mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum, fato este que, por óbvio, necessitam de uma segurança jurídica para se reconhecer direitos e obrigações entre ambos.

Sendo assim, se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, convivendo com estabilidade, caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionavelmente que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Percebe-se que, apesar de ainda não temos uma legislação específica, a vida, na sua plenitude segue seu curso, onde nos deparamos com várias crianças exercendo relações familiares com homossexuais. Verifica-se então, que esta exclusão no ordenamento jurídico expresso, por consequência, atinge justamente aqueles que deveriam estar tutelados de forma privilegiada.

Ademais, a configuração da entidade familiar atual não mais esta adstrita aos preceitos pretéritos do casamento, sexo e procriação. A Constituição Federal de 1988 faz referência de forma implícita ao princípio da afetividade. Chega-se a tal conclusão, quando se interpreta os seguintes dispositivos: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); a adoção, como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º); a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos; a união estável apresenta-se envolvida pela mesma dignidade de família constitucionalmente protegida

(art.226, §§ 3º e 4º); o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art.226, §§ 3º e 4º).

Hoje vivenciamos com muitos casais homossexuais, onde o desejo de ter filhos é tão presente que, mesmo em uma época de clara discriminação, alguns procuram exercer o papel de pai ou de mãe com os ditos filhos de criação. Porém, a realidade vivida não apresenta a devida expressão jurídica, dando margem a várias dificuldades de efeitos jurídicos, vindo a causar um desestímulo na tão sonhada adoção, uma vez verificados os possíveis desafios na exposição da vida privada daqueles, que buscam realizar-se e oportunizar uma família substituta.

Esta expresso no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que qualquer pessoa com plena capacidade e independentemente do estado civil pode adotar. Sendo assim, pode adotar aquele que tem condições de oferecer sustento, educação e afeto a uma criança, onde o seu bem-estar e o seu interesse significam os elos fundamentais da filiação adotiva, seja ela por casais heterossexuais ou homossexuais.

O direito da adoção por homossexuais começa a ser uma realidade no Brasil, onde predomina a prática que apenas um sujeito homossexual possa vir a adotar como se solteiro fosse, mesmo que ele conviva em parceria homoafetiva. Reza no Estatuto da Criança e do Adolescente a autorização da adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Porém, não é difícil nos depararmos com a hipótese de um homossexual que, ocultando sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver junto com seu parceiro afetivo, onde mantém um vínculo estável. Nessa situação, quem é adotado por um só dos parceiros não pode desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também reconhece como verdadeiramente seu pai ou sua mãe, pois o vínculo jurídico só se deu com um dos parceiros.

Fica visível essa situação, quando ocorre a separação do par ou a morte do que não é legalmente o genitor, onde nenhum benefício o filho poderá usufruir, entre os quais, pleitear qualquer direito, nem alimentos nem benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, sequer o direito de visita é regulamentado, mesmo que detenha a posse do estado de filho, tenha igual sentimento e desfrute da mesma condição frente a ambos. No tocante a este último item, aos poucos, outras realidades foram-se somando a essa nova situação, como no caso de envolvimento do parceiro com um dos pais biológicos, onde temos o exemplo pioneiro no nosso meio jurídico do caso do filho da cantora Cássia Eller, que após a sua inesperada morte, o mesmo estava na guarda de fato de sua parceira, que ao final do trâmite processual, a mesma conseguiu a guarda jurídica, conforme decisão prolatada pelo juiz da 1ª Vara da Infância e

Juventude do Rio de Janeiro, o Dr. Leonardo Castro Gomes no ano de 2002, onde foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação (revistas, televisão e jornais).

No entanto, ocorrendo à adoção por homossexuais, é importante ressaltar que o Estado do Rio de Janeiro merece um destaque especial, tendo em vista que, uma vez preenchidos os requisitos necessários do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude concede adoções àqueles que não ocultaram a sua homossexualidade. Nestes casos, entendemos que o vínculo jurídico só prevaleceu em relação a um dos parceiros e a criança não terá direitos com relação ao outro parceiro, como dito anteriormente.

Percebe-se que, muitos direitos passaram a ser concedidos no nosso ordenamento jurídico às uniões homoafetivas, como é o caso da Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), que foi o primeiro marco legal ao fazer referência expressa às essas uniões, pois a mesma foi criada com a finalidade de coibir a violência doméstica ocorrida no seio de uma família, vindo alcançar as uniões homossexuais, que merecem especial proteção do Estado, pois estão configuradas como entidade familiar, como reza o § único do art. 5º, que reitera que independentemente de orientação sexual todas as situações que envolvam violência doméstica e familiar, goza dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana.

Mesmo sabendo que a referida lei tem como objetivo maior proteger a mulher, percebe-se que havendo reconhecimento de família por duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens, basta invocar o princípio da igualdade. Para isso, a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica, com a finalidade de abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde exista o elemento afeto. Agora, não é mais possível excluir as uniões homoafetivas do âmbito do Direito das Famílias, sob pena de se negar vigência a lei Federal, devendo as demandas não continuar na esfera cível, e sim nas varas de família.

Essa mudança começa pela justiça gaúcha, que define a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, onde provocou o envio de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para as de família. Tendo como consequência, os recursos destas ações também migraram para as Câmaras do Tribunal que detêm competência para apreciar a matéria (TJRS, 8º C.Cív. AC 598362655, Rel. Des. José Trindade, j. 01.03.00). No mesmo sentido manifestou-se o STJ (STJ, 4ª T. REsp 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j.02.09.08).

Outros Tribunais Superiores também se pronunciaram sobre o tema, como é o caso do Superior Tribunal Eleitoral que proclamou a inelegibilidade (CF 14 § 7º) nas uniões homossexuais (REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.01.10.04).

Com todos esses avanços, a nossa jurisprudência veio admitir a adoção por ambos os companheiros, onde algumas decisões ganharam notoriedade ao permitir a adoção de duplas homossexuais. Neste caso, merece destacar o fato da superação no tocante a certidão de nascimento, onde faz menção ao nome da criança, seguido da expressão “filho de” e de dois nomes femininos ou duas indicações masculinas (indicadores da biparentalidade homossexual), como consta a ementa de um dos casos julgados (TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Ap. Cível 70013801592, 7ª CC, 05.04.06), bem como o de garantir o direito de visita ao filho do outro parceiro, quando do rompimento da relação homoafetiva, mesmo estando o filho registrado somente em nome da mãe biológica (TJRS, 7ª C.Cív, AI 70018249631, Rel. Desª. Maria Berenice Dias, j.11.04.07).

Outro marco, é que no ano de 2008, em Porto Alegre, foi autorizada a alteração do registro de nascimento da criança para inclusão de nome das duas mães, a biológica e a socioafetiva (Porto Alegre, 8ª Vara da Família e Sucessões, sentença prolatada pelo Juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga).

Após o julgado abaixo transcrito, outros tribunais também se posicionaram favoravelmente:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para liminar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. (TJPR, 2ª C.Cív., AC 529.976-1 Rel. Juiz Conv. D'Artagnan Serpa Só, j.11.03.09).

Na medida em que se consolida a orientação jurisprudencial, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa aumentar o surgimento de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos homoafetivos, havendo a necessidade de cristalizar uma orientação, motivando o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da tutela jurídica, pois o Estado tem o dever de conduzir o cidadão à felicidade. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, por meio de uma visão plural das estruturas familiares.

Com isso, aos poucos vão surgindo um leque de decisões jurisprudenciais entre outras fontes do Direito, que numa concepção dinâmica, acaba por afastar as barreiras do preconceito, onde o amor dos pais em nada se diferencia pelo fato de eles serem do mesmo ou de diverso sexo. Afinal, não mais se concebe conviver com a exclusão e com o preconceito em um estado que se quer Democrático de Direito.

Atualmente, a Igreja Católica se preocupa em desenvolver pastorais para prestar apoio necessário a esse novo conceito de família, onde o Papa Francisco, juntamente com as demais autoridades eclesiais, elaborou um questionário, onde foi enviado para todas as paróquias de todo mundo, com a finalidade de saber as opiniões dos fiéis sobre assuntos tidos como tabus para a Igreja Católica, dentre eles a Adoção por Casais Homoafetivos.

As respostas serão analisadas e discutidas na Assembleia de Bispos neste ano de 2014, isso mostra, que a Igreja esta atenta às mudanças que estão ocorrendo no mundo atual e com isto esta buscando dentro do catolicismo abraçar essa nova espécie de família, conforme reportagem da Revista VEJA, de nº 46, edição 2347, de 13 de novembro de 2013.

Portanto, a realidade demonstra que a unidade familiar não mais se resume a casais heterossexuais, pois as uniões homoafetivas já conseguiram o status de unidade familiar, onde a nossa legislação deve acompanhar essa evolução com o intuito de permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.

4.3 A TUTELA JURÍDICA DO ESTADO NA AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA PARA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: VISÃO CASUÍSTICA E JURISPRUDENCIAL

O Direito não regula sentimentos, mais define as relações com base neles geradas. Uma vez demonstrada à convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de União Homoafetiva como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

Em um passado não muito distante, o Poder Judiciário, nas raras vezes em que reconheceu a existência das uniões homossexuais, era conferido a estas pessoas os efeitos de ordem patrimonial, denominando-as como sociedades de fato, visando a um único objetivo que era provar sua efetiva participação na aquisição de bens (direito das obrigações), durante o período do convívio.

Atualmente, vivencia-se outra realidade jurídica, onde casais homoafetivos conseguiram galgar direitos, dentre os quais o reconhecimento da união civil para casais do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou no dia 05 de Maio de 2011, ações que pediam o reconhecimento legal da união estável de homossexuais. Foram julgadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

As ações supracitadas foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Dez ministros votaram a favor da união homoafetiva, e um deles não participou do julgamento porque atuou em uma das ações enquanto era Advogado Geral da União.

O Ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. A ementa do Julgamento diz:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). perda parcial de objeto. recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela adi nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à constituição” ao art. 1.723 do código civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. direito à intimidade e à vida privada. cláusula pétrea.

Verifica-se que neste julgamento, apenas o ministro Ricardo Lewandowski fez ressalvas no que diz respeito a forma de se entender este novo tipo de entidade familiar. Ele adotou o que chamou de "integração analógica", ou seja, que se aplique a essa nova relação à legislação mais próxima, até que ela seja definitivamente regulada por lei aprovada pelo Congresso Nacional. Segundo o ministro, o reconhecimento só cabe em relação ao que não for típico da relação entre homem e mulher. Entre as possíveis restrições, estaria o casamento.

Em seu voto, Lewandowski lembrou que os constituintes, depois de debaterem o assunto, optaram por não incluir a união de pessoas do mesmo sexo no regime de união jurídica

estável, e chegou a ler trecho do que foi dito em tal sessão. Ele também defendeu que a união homoafetiva estável, se aprovada, deve ser entendida como um quarto tipo de família – atualmente, existe a relação de casamento, a união estável e a monoparental.

Importante mencionar que antes mesmo das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, termo este usado pela Desembargadora Maria Berenice Dias.

A consolidação veio a ocorrer da decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde o Recurso Especial de nº. 1.183.378/RS, reconheceu a legalidade do casamento civil de pessoas do mesmo sexo, onde restou configurado o progresso social e humanitário do judiciário brasileiro ante a inércia dos que têm o dever de legislar.

Conforme a decisão prolatada pelo STF, pode-se afirmar que a família homoafetiva é uma dentre as várias formas de família, pois a mesma parte da união, por vínculo de afeto, entre pessoas do mesmo sexo. Não tem previsão legal, mas também não tem vedação, conferindo-lhe todos os efeitos jurídicos previstos para União Estável, a essa nova entidade familiar.

Percebe-se ainda que, mesmo com o reconhecimento pelo STF, o Poder Legislativo brasileiro vem se negando a cumprir sua função, que é a de legislar, fingindo não ver que estes relacionamentos geram efeitos jurídicos e que, portanto, precisam ser disciplinados por lei. Dessa forma, apesar da omissão legislativa, o Poder Judiciário precisa julgar e, segundo as palavras de Maria Berenice Dias, que diz que “ausência de Lei não significa ausência de Direito”, é necessário que os conflitos sejam pacificados.

Fatos relevantes merecem ser registrados, uma vez que inúmeros projetos acerca das relações homoafetivas estão engavetados. Como exemplo desse caso, pode-se citar o da Proposta de Emenda Constitucional – PEC 139/95, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy, que foi arquivada quatro anos depois. Mesmo destino dado ao Projeto de Lei – PL 1.151/95, de mesma autoria. Atualmente, constata-se que está em andamento a mais recente Proposta de Emenda à Constituição da Senadora Marta Suplicy e da Comissão Especial de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; porém, até o presente momento, ainda permanece sem votação.

Mesmo se tendo conhecimento da difícil aceitação do relacionamento considerado diferente, precisamente quando o caso foge do normal ou da convencionalidade da sociedade atual, precisa-se de uma resposta do Poder Legislativo acerca dessa nova perspectiva de família, qual seja: a família homoafetiva.

Neste diapasão, pode-se verificar que diante do reconhecimento da família homoafetiva, a adoção por casais homoafetivos no Brasil virou realidade. Assim sendo, se o casal homoafetivo tem condição de proporcionar amor, afeto e carinho, torna-se plausível a adoção, tendo a criança àquilo que necessita para viver.

Tornou-se realidade no país, decisões favoravelmente proferidas para a adoção por casais homoafetivos, provenientes do STF, STJ e Tribunais Federais e Regionais. Estas decisões estão gerando jurisprudências, que poderão ser utilizadas por casais que ainda desejam adotar crianças.

Dentre tais decisões, pode ser citado o julgamento da Apelação Cível AC 0472546-21.2008.8.13.0470, julgado em 02/02/2012, sob a Relatoria do Desembargador Bitencourt Marcondes, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que diz, “*in verbis*”:

APELAÇÃO CÍVEL. Destituição de poder familiar. Abandono da criança pela mãe biológica. Adoção por casal do mesmo sexo que vive em união estável. Melhor interesse da criança. Registro de nascimento. Recurso conhecido e provido. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros).

Pode-se citar, ainda, julgamento de Recurso Extraordinário do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RAZÕES - DESCOMPASSO COM O ACÓRDÃO IMPUGNADO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Contra a sentença proferida pelo Juízo, houve a interposição de recurso somente pelos autores. Pleitearam a reforma do decidido a fim de que fosse afastada a limitação imposta quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas. A

apelação foi provida, declarando-se terem os recorrentes direito a adotarem crianças de ambos os sexos e menores de 10 anos. Eis o teor da emenda contida à folha 257: [...] 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculo biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. 2. Há flagrante descompasso entre o que foi decidido pela Corte de origem e as razões do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná. O Tribunal local limitou-se a apreciar a questão relativa à idade e ao sexo das crianças a serem adotadas. No extraordinário, o recorrente aponta violado o artigo 226 da Constituição Federal, alegando a impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, questão não debatida pela Corte de origem. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 16 de agosto de 2010. Ministro MARCO AURÉLIO – RELATOR.

Merece destaque o parecer inédito do Promotor de Justiça do Estado do Pernambuco, Adalberto Mendes Pinto Vieira, que levou o juiz de Direito da 1ª Vara da Família do Recife, Glicério Bezerra e Silva, a proferir sentença favorável ao registro de uma filha com dupla paternidade, no dia 02 de março de 2012.

Este é o primeiro caso no Brasil em que dois homens - Maílton e Wilson Albuquerque - registram um filho legítimo. A criança foi concebida por meio de fertilização *in vitro* heteróloga, gerada em útero de substituição, com utilização de material genético de Maílton e de óvulo doado por sua prima, que preferiu não se identificar, para fazer constar o nome de ambos na qualidade de pais.

Também merece ressaltar, que diante de tais mudanças sociais, o nosso Tribunal Paraibano não ficou de fora da presente discussão, conforme se verifica da decisão da Quarta Câmara Civil, no dia 15 de junho de 2010, tendo como relator o desembargador Fred Coutinho, a qual deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 025.2009.000193-1/001, decisão oriunda do juízo de Direito da 3ª Vara da cidade de Patos, que indeferiu liminar, na Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável Homoafetiva *Post Mortem*.

A agravante afirmou ter convivido durante 43 anos com a falecida, em união estável, tendo constituído, ao longo desse tempo, patrimônio comum. Aduziu, ainda, que a falecida não deixou descendentes, nem ascendentes, mas somente uma irmã e alguns sobrinhos, que, inclusive, excluíram a parte totalmente da partilha.

Em seu voto o Desembargador Fred Coutinho dispôs que apesar do Código Civil limitar-se a reconhecer a união estável somente entre casais de sexos distintos, não significa que se deve excluir a possibilidade de configuração de uma união baseada no afeto, desde que preenchidos os requisitos caracterizadores da união estável. Compreendeu-se que:

[...] é o caso, portanto, de atribuir normatividade idêntica à da união estável ao reconhecimento afetivo, evitando-se, por conta do evidente preconceito, sejam esquecidos os direitos fundamentais e, antes de mais nada, os sentimentos das pessoas envolvidas [...], a discriminação velada à condição sexual do ser humano apoiada nesta lacuna da lei deve esbarrar no bom senso deste Poder, que, ao desempenhar duas funções junto à sociedade, deve reconhecer, com respeito, situações existentes e emprestar-lhes os efeitos jurídicos adequados. (SJPB, proc. nº 025.2009.000193-1/001, 4º câmara Civil, Des. Fred Coutinho, 15/06/2010).

De acordo com o presidente da Comissão da Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraíba (OAB-PB), José Baptista de Mello Neto, o reconhecimento do casamento no estado é uma imensa conquista. Segundo o presidente, “*in verbis*”:

Se trata de uma mudança na filosofia do Judiciário paraibano. O reconhecimento do casamento proporcionará 58 direitos aos casais homoafetivos que a união estável não previa. Dentre eles estão adotar o sobrenome do companheiro ou companheira, somar rendimentos para obter financiamentos, a guarda de filhos do companheiro ou companheira, adoção em conjunto por casais homoafetivos e licenças paternidade, maternidade e luto.

A publicação do referido ato se deu no Diário do Tribunal de Justiça da Paraíba, em 30 de abril de 2013, com relação à oficialização do casamento homoafetivo na Paraíba. De acordo com o ato assinado pelo desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, corregedor-geral de Justiça da Paraíba, a partir desta terça-feira os cartórios paraibanos podem converter a união estável homoafetiva em casamento homoafetivo.

O provimento do TJ, ainda, autoriza o processamento dos pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, diretamente, sem que para isso seja estabelecida previamente uma união estável. Com o novo provimento, a conversão em casamento da união estável homoafetiva anteriormente escriturada poderá, a qualquer tempo, ser requerida pelos casais homoafetivos ao Oficial do Registro Civil com atribuições para o casamento. O Provimento CGJ N.006/2013 teve sua publicação oficializada no Diário da Justiça.

Com relação a dados e informações pertinentes à adoção por casais homoafetivos no Estado da Paraíba, percebe-se que, por se tratar de segredo de justiça, as autoridades permaneceram no silêncio quando conseguiram consolidar a tão sonhada adoção, sem tornar públicas tal conquista.

Outro fato notório é a crescente fila de adoção, formada por casais homoafetivos no nosso Estado. À título exemplificativo, na cidade de Sousa, interior do Estado, encontra-se

atualmente em tramitação processo de adoção por casal homoafetivo; entretanto, como preconiza a lei, tais processos correm, necessariamente, em segredo de justiça, a fim de preservar os pais e, sobremaneira, a criança ou adolescente a ser adotado.

Em todos os casos citados, compreende-se que o ser humano vive em uma busca incessante da felicidade. O ser humano precisa de carinho e de amor para viver. Nesse sentido, é primordial que as crianças tenham um lar e as pessoas que não podem ter filhos sejam favorecidos pela adoção, seja qual for sua orientação sexual. Esta é um ato de amor, é doação, é afeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstra a busca incansável pelo direito de igualdade e de respeito à dignidade humana pelos homossexuais. Isso se tornou possível através da evolução das normas sociais e morais, baseado nos direitos e nos princípios constitucionais, de maneira que se garantam os direitos dos pares homoafetivos, bem como os das crianças e adolescentes, especialmente, em relação a constituir e pertencer a uma família.

Verificou-se ainda, que sob o fundamento da nossa Lei Maior, o Poder Judiciário brasileiro, num passo à frente do Poder Legislativo, reconheceu a união homoafetiva e, até mesmo, o casamento civil homoafetivo.

Ademais, sabe-se que num Estado Democrático de Direito não assegurar garantias nem outorgar direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo infringe o princípio da igualdade, denotando-se postura totalmente discriminatória ao livre exercício da sexualidade.

Diante dos fatos anteriores, constatamos que as uniões homoafetivas ganharam relevo, haja vista que o judiciário deixou para trás o modelo patriarcal e hierarquizado de família cedendo lugar a um novo modelo baseado no afeto. Houve, então, uma progressiva superação do preconceito referente à orientação sexual de cada pessoa, condicionando às leis a acompanharem as mudanças oriundas da nossa sociedade, sob o fundamento dos seus princípios fundamentais.

Com esse novo horizonte jurídico, que tem como princípio supremo a promoção da dignidade humana, compatibilizando-se integralmente com os direitos humanos, resolveu o judiciário exercer sua função legítima, que é a busca pela justiça, posicionando-se de forma ética e justa, sem preconceito algum.

Sendo assim, verifica-se que uma vez concedida a adoção por casais homoafetivos, respeita-se a isonomia entre os seres humanos, pois todas as pessoas possuem o direito de formar uma família e contribuí, também, para que a criança seja criada com carinho e educação, evitando, assim, a sua marginalização.

Merece ser louvada a coragem de ousar, quando conseguimos ultrapassar certos tabus que insistem em manter vivo o tema da sexualidade, rompendo o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Ao nos depararmos com um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firme na oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sagrado de família, onde essa nova orientação, mostra que o Judiciário esta tomando consciência de sua missão de criar o direito, não podendo a justiça ignorar a

realidade social, devendo o magistrado julgar a matéria sempre sob a ótica da justiça, pois não é ignorando certos fatos ou deixando determinadas situações descobertas do manto da juridicidade, que iremos fazer justiça.

Assim sendo, o Direito como regulamentador de fatos sociais, devem tutelar a adoção por pares homossexuais, não havendo justificativa para o atraso legislativo, pois essa postura atende o melhor interesse da criança ou do adolescente em busca de um lar.

No entanto, a realidade é que o Poder Legislativo continua inerte a esse novo conceito de Família, o Poder Judiciário não se restringe a estrita legalidade, eis que, na ausência de normas jurídicas, permite-se fundamentar um caso concreto aliando-se a princípios, doutrina e jurisprudência, vindo a preencher de tal forma as lacunas existentes, onde o objetivo maior é dá condições desce a essa criança ou adolescente, que busca tão somente o AMOR de uma família, tendo em vista, que foram abandonados por aqueles que deveriam prestar total apoio e assistência, tanto no âmbito moral como afetivo.

Mediante a todos esses fatos ocorridos no nosso ordenamento jurídico, nos deparamos com mais frequência no nosso cotidiano com várias ações de Adoção por casais homoafetivos, pois o que se busca com isso, é a outorga da juridicidade para estes relacionamentos, inclusive estimulando sua efetivação. Ademais, o que se deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões exigidas pelo universo da paternidade e maternidade.

Portanto, segundo posicionamento de Maria Berenice, que advoga a favor das relações homoafetivas, esta considera que se devem aplicar as mesmas disposições das uniões estáveis. Destarte, a Desembargadora aposentada raciocina, “*in verbis*”:

Ainda hoje, tais relacionamentos são tidos como uma afronta à moral e ao que considera ‘bons costumes’. Essa visão conservadora e preconceituosa acaba inibindo o legislador de aprovar leis que possam ser consideradas fora dos padrões aceitos pela sociedade... É claro que essa omissão de lei tem um preço alto: alimenta a discriminação, o preconceito e termina até servindo como fundamento para legitimar os atos de violência de grupos homofóbicos (...). Mas, o que considero mais cruel é negar aos homossexuais o direito de constituir uma família... E não pode o Estado se arrogar o direito de definir o tipo de relações afetivas que as pessoas devem ter.

É por isso, que não devemos considerar a orientação sexual como elemento depreciativo da personalidade do indivíduo, pois se trata de fator determinante de sua personalidade. Porém, do mesmo modo, há o respaldo de outros fatos que afirmam não haver prejuízos à personalidade das crianças em razão de sua convivência com homossexuais. Sabemos que dificuldades podem surgir no

convívio social, e não se pode também afastar a possibilidade que não ocorra nenhum problema, mas mesmo assim, a criança estará melhor se vinculada a um ambiente familiar do que nas casas de abrigos para crianças abandonadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Disponível em: <<http://srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 dez. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Brasília, 5 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>>. Acesso em: 5 mar. 2014.
- _____. Supremo Tribunal Federal. União Homoafetiva. casais homoafetivo. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ado%27%E3o+por+casais+homoafetivo%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 fev. 2014.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Adoção homoafetiva. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtualProcesso.asp?numDj=131&dataPublicacaoDj=19/07/2010&incidente=3890303&codCapitulo=1&numMateria=139&codMateria=8>>. Acesso em: 19 fev. 2014.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O pluralismo no direito de família brasileiro**: realidade social e reinvenção da família. In *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **Reflexos jurídicos das uniões homossexuais**. In *Jurisprudência Brasileira*. Paraná, Juruá. p.95-107.
- DIARIO DO BREJO. **TJPB Reconhece União Homoafetiva**. 2 jul. 2010. Disponível em: <<http://diariodobrejo.com/tjpb-reconhece-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Direitos humanos e homoafetividade**. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/43__a_constitucionaliza%27%E3o_das_uni%2F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- _____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

_____. **União Homoafetivas:** uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%3o_ver.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

_____. **União homoafetiva:** o Preconceito e a Justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Sociedade do afeto.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_sociedade_de_afeto.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

_____. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas.** Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas-por-maria-berenice-dias-e-thiele-lobes-reinheimer/>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

FERNANDES NETO, Aducto d'Alencar. **Do cabimento da prestação de alimentos nas relações homoafetivas.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3084/Do-cabimento-da-prestacao-de-alimentos-nas-relacoes-homoafetivas>. Acesso em: 10 de mar. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GIRARD, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto:** a possibilidade jurídica as adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. v.6. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Corrêa Luis. **A igreja católica e as uniões homoafetivas.** Disponível em:<http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/a_igreja_cat%F3lica_e_as_uni%F5es_homoafetivas_-_lu%EDs_corr%EAa_lima.pdf>. Acesso em: 10 de mar. 2014.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Identidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002.

NACIONAL, Jornal. **STF tem Votação Unânime a Favor da União de Homossexuais.** São Paulo. 5 maio 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/05/stf-tem-votacao-unanime-favor-da-uniao-de-homossexuais.html>>. Acesso em: 15 de mar. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Responsabilidade:** Teoria e prática do Direito de Família. Porto Alegre, 2010. Editora Magister.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

VEJA, Editora Abril. **Edição 2347** - ano 46 - nº 46, 13 de novembro de 2013.

VIANA, Fabrício. **O armário: vida e pensamento do desejo proibido**. 3. ed. Brasil: Editora Independente, 2010.