

para poderem se proteger dos bandos rivais e, assim, iam-se formando os pequenos núcleos sociais. Neste mesmo sentido se posicionava o célebre Friedrich Engels, em sua obra *A origem da Família, da propriedade privada e do Estado*: “Mas, para sair da animalidade, para realizar o maior progresso que a natureza conhece, era preciso mais um elemento: substituir a falta de poder defensivo do homem isolado pela união de forças e pela ação comum da horda”.

Assim, natural se mostra a necessidade que as pessoas possuem de se unir a alguém para, juntas, construírem algo maior, um núcleo social, cujos efeitos são capazes de lhes propiciar o desfrute da plenitude de suas existências. A este núcleo hoje denominamos família e por este núcleo muitas batalhas já foram travadas.

Todavia, a própria sociedade que deu origem ao instituto da família criou, ao longo das épocas, o embaraço ao direito de alguns a constituí-la.

É neste contexto que se insere a questão da homoafetividade e da luta histórica pelo reconhecimento de seu núcleo social como família.

A mais recente destas batalhas revestiu-se da forma jurídica e, após acaloradas discussões, chegou ao Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277, onde, em 05/05/2011, ficou conferido aos casais homoafetivos o direito de serem reconhecidos como uma autêntica família em seu sentido mais estrito. Destaque-se que a decisão foi acolhida de forma unânime pela Excelsa Corte.

Sob a senda dos princípios máximos constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, não discriminação e repúdio à intolerância, foi criada uma quarta modalidade de família, a homoafetiva, uma vez que o ordenamento jurídico já reconhecia a união oriunda do casamento, a união estável, a família monoparental e agora concebe sua quarta modalidade.

Aliás, de outra forma não poderia ser, pois se “todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput, CF), não poderia a Constituição – guardiã dos direitos mais elementares da sociedade – fazer distinção entre as pessoas por sua opção sexual. Já afirmara o ministro Celso de Mello que “toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero”. Ademais, a Constituição também assevera que nosso país é marcado pela laicidade e isto implica dizer que não poderia a moral religiosa servir de referencial a limitar os direitos e liberdades de cada um, demonstrando, mais uma vez, a falta de obstáculos ao reconhecimento da união homoafetiva como legítima dentro da Ordem Jurídica atual.

Desta feita, após o julgamento executado pelo STF, a união entre casais homossexuais foi equiparada à união estável, com todos os direitos inerentes a esta, nos preceitos do art. 1.723 do Código Civil e art. 226 da Constituição Federal.

Observe-se que em alguns dos países mais desenvolvidos, a união entre pessoas do mesmo sexo já se faz reconhecida há algum tempo, a exemplo da Holanda que aprovou o casamento civil homossexual em 1998, a Bélgica em 2003, a Espanha em 2005, o Canadá também em 2005, a Noruega desde 1995, a Dinamarca – precursora deste direito – em 1989, dentre tantas outras nações que compartilham do mesmo entendimento.

#### **4. DA ADOÇÃO HOMOPARENTAL**

Após o reconhecimento da legitimidade de união entre pessoas do mesmo sexo ter sido questão pacificada depois de decisão explícita do Supremo Tribunal Federal neste sentido, outra batalha em nível mais avançado foi instalada.

Casais homoafetivos, de posse do direito de se unirem e formarem família, passaram a ansiar pela prerrogativa de serem pais, tendo em vista a existência do instituto da adoção. E este é um dos dilemas que os casais homoafetivos vivem como a nova situação, em que pese poderem formar uma família, jamais poderão gerar filhos biológicos entre si, entretanto, poderão tê-los mediante uma ligação civilmente estabelecida.

Sobre o assunto, a legislação pátria, mais uma vez, em nada se manifesta, ficando a sua discussão a cargo dos entendimentos judiciais. Há quem advogue no sentido de que o silêncio do legislador sobre o assunto é intencional justamente para conferir a liberdade de atuação a quem dela necessitar. Neste sentido já se posicionou o ministro do STF, Ayres Britto, no julgamento que decidiu sobre a união homoafetiva ao dizer que "Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei".

Assim, podemos entender que ao se conferir o direito de constituir família, o poder judiciário também conferiu todos os efeitos jurídicos que dela possam decorrer. Entre estes se encontra o direito de adotar – mas ressalte-se que já existem embates jurídicos no sentido de conceder adoção a pessoas homossexuais que a desejem fazer de forma singular, em uma equiparação ao modelo de família monoparental mencionada no artigo 42, da Lei de Adoção e conforme poderemos constatar no tópico 4.2.

Todavia, este direito de adoção por casais do mesmo sexo ainda encontra no porvir uma longa caminhada, posto que é um tema relativamente novo e muito pouco debatido dentro dos tribunais do país. Ainda assim, podemos encontrar um considerável número de julgados em que há posicionamento *pro adoptio*. A exemplo, podemos mencionar o acórdão emanado pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Minas Gerais:

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). (TJMG, AC 1.0470.08.047254-6/001 (AC 0472546-21.2008.8.13.0470), 8ª C. Cív., Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 02/02/2012).

#### 4.1. DA ADOÇÃO CONJUNTA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Conforme já tivemos oportunidade de explanar, há em todo o país uma tendência dos tribunais em reconhecer aos casais homossexuais o direito de adotar, porquanto já fora decidido pela Máxima Corte que estes integram mais uma modalidade de família a ser reconhecida no país, a família formada pela união estável. Oriunda desta equiparação, surge, então, a pretensão ao direito de adotar, uma vez que na união estável isto é possível.

Para que seja possível a adoção, os candidatos a pais devem se enquadrar em alguns requisitos exigidos, tais como a idade mínima de 18 anos para os adotantes e a diferença de idade mínima de 16 anos entre estes e o adotando. Também há uma análise da conduta dos aspirantes a pais, pois estes devem ter condições de oferecer ao adotando o mínimo para uma vida digna, assim como uma boa formação moral – frise-se que esta análise comportamental não deve ter por objetivo averiguar nem, tampouco, discriminar os adotantes por sua orientação sexual.

Em pronunciamento brilhante, a desembargadora Maria Berenice Dias declarou sobre o assunto:

Bem, falando em habilitação, perdeu o legislador a bela chance de explicitamente admitir - como já vem fazendo a jurisprudência - a adoção homoparental. Nada, absolutamente nada, justifica a omissão. Para conceder a adoção conjunta, de modo pouco técnico, fala a lei em 'casados civilmente' (ECA 42, 2º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é! Também é confrontado o preceito constitucional ao ser exigida a comprovação documental da união estável (ECA 197-A, III). É instituto que não requerer prova escrita. Trata-se de situação fática que se caracteriza pela convivência entre pessoas que têm o desejo de, entre si, constituir família. É o que basta. De qualquer modo, apesar da aparente limitação, tais dispositivos não vão impedir que casais homoafetivos continuem constituindo família com filhos por meio da adoção. (DIAS, 2009. Disponível em: [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br))

Diante de toda a celeuma jurídica que o tema possa invocar, entendemos, entretanto, que o Ordenamento não objetive embaraçar o desejo daqueles que postulam receber a designação de adotantes, pois se assim fosse desejado, o legislador há muito tempo já teria inserido norma proibitiva e não o fez porque tal atitude andaria de encontro ao que é propagado pela Constituição Federal.

#### 4.2. DA ADOÇÃO SINGULAR POR PESSOA HOMOSSEXUAL

Uma vez concedido o direito aos heterossexuais de adotar alguém de forma singular, este direito também deve ser concedido àqueles que possuem orientação homossexual. Esta afirmação se dá por força da equiparação que há entre os direitos de ambos, uma vez que é princípio máximo a ser observado a preservação da igualdade entre todos, indistintamente.

Deste modo, o art. 42, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”, o que, sem dúvidas, abre caminhos para a adoção singular por pessoas homoafetivas. Não é por outro motivo que vários tribunais do Brasil já concedem, sem maiores dificuldades, este direito à adoção. Faz-se aqui interessante a transcrição do acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Adoção. Pátrio poder. Destituição. Homossexualismo. Procedência do pedido. Sentença confirmada. Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do

adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (TJRJ, AC 14332/1998, 9ª C. Cív., Rel. Des. Jorge Magalhães, j. 23/03/1999)

#### **4.3. DA COADOÇÃO POR UM DOS PARCEIROS DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA**

Além de todas as modalidades de adoção homoparental, existe, ainda, a opção de se formalizar o ato de filiação fictícia quando o adotando é filho do companheiro daquele que aspira à adoção. Este entendimento se pode extrair do art. 41, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber: “se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes”. Isto significa dizer que, em relação ao pai/mãe biológico(a), o vínculo de filiação permanece intacto, resguardando-se todos os direitos e deveres que a este acompanha, mas significa também que estes direitos e deveres se estendem igualmente ao cônjuge que agora também se torna pai/mãe por força da lei.

O nivelamento de direito entre homossexuais e heterossexuais após a ADI 4277 nos permite, então, afirmar com clareza que a possibilidade jurídica desta modalidade de adoção é francamente válida. A propósito, em seu voto no julgamento que decidiu sobre a união homoafetiva, o ministro Luiz Fux exarou entendimento no sentido de que não deve haver diferenciação entre as pessoas por parte do Estado, oportunidade na qual se utilizou das palavras de Ernst Benda para difundir que

Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades.

#### **4.4. DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS RESIDENTES FORA DO PAÍS**

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de pessoas que estejam residindo fora do país, sejam elas de nacionalidade brasileira ou não, adotarem crianças brasileiras. Para tanto, a lei prevê que o período de estágio de convivência deve ser de, no mínimo, 30 dias.