



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA UNICEUB  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS**

**FRANCISCA MARIA PORTELA VALE**

**A LEGITIMIDADE DA ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS**

**Brasília  
2011**

**FRANCISCA MARIA PORTELA VALE**

**A LEGITIMIDADE DA ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Danilo Porfírio

Brasília  
2011

## AGRADECIMENTO

*Agradeço a Deus, meu escudo, minha força, presente em todos os momentos dessa caminhada, principalmente nos momentos de angústia e desânimo.*

*Agradeço à minha família que é a maior motivação para prosseguir nessa jornada, e em especial a minha querida mãe, pela luta, pela coragem e por tudo que me ensinou. Obrigada amor, sua presença na minha vida é essencial.*

*Agradeço ao meu orientador, Professor Danilo Porfírio, pela atenção e disposição para ensinar.*

## RESUMO

A presente monografia foi elaborada nesse contexto social brasileiro de grandes mutações, notadamente no âmbito das relações homoafetivas, com o desígnio de analisar a legitimidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, à luz de princípios encerrados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e também no Código Civil, aproveitando-se de doutrinas e jurisprudências. Trata-se de um assunto bastante polêmico, visto que essas relações são olhadas com preconceito. Ao lado dos núcleos familiares baseados no convívio, associam-se diferentes formatos de intimidade e coabitação onde a relação do casal tem como alicerce a afetividade e a livre escolha. Frente ao estágio hodierno em que se depara a sociedade, em sua constante trajetória evolutiva, e considerando a liberdade de constituição familiar os casais homoafetivos têm legitimidade para adotar.

**Palavras-chave:** Adoção. União homoafetiva. Adoção por casais homoafetivos. Liberdade. Melhor interesse da criança.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>1 FAMÍLIA E SEU PARADIGMA</b> .....	8
1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	8
1.2 Princípio da Solidariedade Familiar .....	10
1.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente .....	11
1.4 Princípio da Afetividade .....	12
1.5 Tradição e Autonomia .....	15
<b>2 ADOÇÃO E SEUS REQUISITOS</b> .....	23
2.1 Conceito e finalidade .....	23
2.2 Natureza Jurídica .....	25
2.3 Requisitos .....	26
2.4 Tipos de Adoção .....	30
2.4.1 Adoção por duas pessoas e Adoção unilateral .....	30
2.4.2 Adoção de maiores de 18 anos .....	31
2.4.3 A adoção à brasileira .....	32
2.4.5 Adoção intuitu personae .....	33
2.4.6 Adoção póstuma .....	33
2.5 Efeitos .....	34
<b>3 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR</b> .....	37
3.1 Adoção Homoafetiva .....	47
3.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal .....	56
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado na presente monografia diz respeito a legitimidade da adoção por homoafetivos, é um tema polêmico que divide opiniões, devido a posição conservadora da sociedade sobre entidade familiar, influenciada por questões religiosas, desprezando o Princípio da Igualdade, que é um dos pilares da nossa Constituição Federal. As uniões homoafetivas constituem um fato social, e não podem ser menosprezadas pela sociedade, pelo Estado e muito menos pelo Judiciário. Assim, o presente tema possui uma relevância social e jurídica extremada, pois estas relações não podem ser marginalizadas.

Neste trabalho, portanto, serão abordadas questões relativas ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, reconhecimento este, que possibilitará a concessão da adoção conjuntamente a casais formados por pessoas do mesmo sexo, e que tenham uma união constante, durável, pública e com objetivo de constituir uma família, possibilitando assim, que crianças e adolescentes abandonados tenham um lar e acima de tudo uma família.

A justificativa para a escolha do tema se dá em virtude do não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e pela negativa de concessão da adoção a casais homoafetivos, negativa esta que vem carregada de preconceitos, pois considera-se apenas a opção sexual dos adotantes, sendo que as reais vantagens para o menor são esquecidas. A principal finalidade do presente trabalho é analisar a legitimidade da adoção de crianças e adolescente realizada por casais homoafetivos evidenciando os motivos que levam à resistência desse tipo de adoção. Os casais homoafetivos, que viverem uma relação afetiva, que seja pública, duradoura, contínua e tenha como objetivo a formação de uma família, podem ser considerados como uma entidade familiar. Sendo assim, os casais homoafetivos que preencherem os requisitos acima mencionados, se tornam legítimos para realizar a adoção.

Esse tema possui uma relevância social, bem como jurídica, social porque a sociedade é a primeira a não reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, e estas uniões não podem viver em um meio social, no qual não

possuem liberdade de construir uma família, e jurídica, pois estas uniões precisam exercer seus direitos, uma vez que não se diferenciam das uniões heteroafetivas, precisam ter segurança jurídica, e a certeza de que estas uniões serão respeitadas.

O presente trabalho é dividido em três capítulos, no primeiro tratar-se-á da família e seu paradigma, abordando os princípios e as rupturas da família tradicional; o segundo tratará do instituto da adoção, seus requisitos, tipos de adoção e efeitos e no terceiro será analisado o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a constituição familiar, a adoção homoafetiva e por fim a decisão do Supremo Tribunal Federal, a respeito da união estável homoafetiva, conforme veremos a seguir.

No primeiro capítulo objetiva-se apontar a mudança de paradigma da família tradicional, que era aquela constituída apenas pelo casamento, para a família contemporânea, que tem como núcleo o afeto. Questão importante tratada neste primeiro capítulo é sobre a liberdade, da qual decorre a autonomia da vontade, para constituir uma família, pois não compete ao Estado dizer de que forma a família deve ser constituída, mas tão somente de protegê-la.

No segundo capítulo busca-se trabalhar uma visão geral sobre a adoção, trazendo conceitos do que vem a ser adoção, abordando sobre a sua finalidade, que atualmente não é apenas de dar filhos àqueles que não podem ter, destacando seus requisitos, os quais não abarcam a sexualidade como condição para deferir a adoção.

E finalmente no terceiro capítulo abordar-se-á a problemática do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, uma vez que não há na legislação a definição de família, tampouco de entidade familiar. Novas entidades familiares foram reconhecidas pelo Estado, entretanto, a união de pessoas do mesmo sexo não foi reconhecida como entidade familiar, impedindo assim, o exercício de direitos e deveres decorrentes destas uniões, e em especial a possibilidade de adotar uma criança ou adolescente que não possui um lar. Falaremos sobre a norma inscrita no artigo 226, da Constituição Federal, que constitui norma aberta, portanto é apenas exemplificativa e não impede o

reconhecimento de outras entidades familiares. Encontra-se também neste capítulo, a discussão sobre a adoção homoafetiva tratando dos impedimentos, disfarçados de preconceitos, pois a legislação não veda a adoção conjuntamente por casais homoafetivos. E finalmente, a decisão recente do STF, reconhecendo a união estável homoafetiva, utilizando como fundamento, o Princípio da igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

## 1 FAMÍLIA E SEU PARADIGMA

Antes de adentrarmos na questão das transformações ocorridas na família ao longo dos anos, é importante fazermos menção a alguns princípios fundamentais que norteiam o Direito de Família, sem os quais não há possibilidade de aplicação de um direito que se aproxima do ideário de justiça. A legislação não consegue acompanhar as modificações que ocorrem na sociedade, por isso os princípios devem ser utilizados para decidir as questões que as leis ainda não alcançam.

### 1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana mantém relação com os demais princípios constitucionais, e constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em nosso ordenamento jurídico o referido princípio, encontra respaldo na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, e não permite qualquer tipo de discriminação, tendo como essencial a proteção do indivíduo e como finalidade primordial o progresso de sua personalidade.

De acordo com Flávio Tartuce, não existe ramificação do Direito Privado na qual a dignidade da pessoa humana tenha mais influência ou desempenho do que o Direito de Família. De qualquer maneira, por certo é complexa a designação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>1</sup>

Para José Afonso da Silva, "a dignidade da pessoa humana é um valor soberano que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida".<sup>2</sup>

Conforme Alexandre Moraes a dignidade humana consiste em:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das

---

<sup>1</sup> TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 maio 2011.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109.

demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>3</sup>

Define Paulo Lobo “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.<sup>4</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o alicerce da comunidade familiar, asseverando o total desenvolvimento e a conquista de todos os seus componentes.

No nosso sistema jurídico, o princípio ora em estudo, está ligado de forma indivisível ao princípio da solidariedade, princípio este que veremos a seguir.<sup>5</sup>

O Direito de Família está intimamente conectado aos Direitos Humanos e à dignidade. Entender essas idéias, que reportam a definição moderna de cidadania incentiva o progresso do Direito de Família. A cidadania implica em não exclusão. Devendo constituir a legitimação e a inserção no vínculo social de toda e qualquer forma de família, respeito aos liames afetivos e a todas as diversidades. Dessa forma, o princípio da dignidade humana denota para o Direito de Família a importância e a consideração à autonomia dos indivíduos e à sua liberdade. Constituindo igual dignidade para todas as entidades familiares. Pode-se dizer então, que não é digno dispensar cuidado diferenciado aos diversos modos de filiação ou as diferentes formas de constituir família.<sup>6</sup>

A respeito do princípio em questão, Rodrigo da Cunha Pereira assim, conclui:

---

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 48.

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

<sup>5</sup> *Ibidem* p. 39.

<sup>6</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 100.

A dignidade, portanto é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família -, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.<sup>7</sup>

## 1.2 Princípio da Solidariedade Familiar

O presente princípio emana do princípio constitucional da solidariedade social, previsto na Constituição Federal, no artigo 3º, inciso I, consagrando-se como escopo da República Federativa do Brasil e do corpo social civil, constante nas relações jurídicas, uma vez que a família constitui a base da sociedade e tem proteção específica do Estado.<sup>8</sup>

Conforme Maria Berenice, o que cada um deve ao outro é a solidariedade. Tal princípio, que se originou nos vínculos afetivos, possui conteúdo ético, visto que possui em suas entranhas a própria definição da expressão solidariedade, que abarca a fraternidade e a reciprocidade.<sup>9</sup>

Dessa forma, o princípio da solidariedade aproveita-se na esfera das relações familiares, pois existem deveres recíprocos entres os membros da família.

Este princípio é resultante da superação do egocentrismo jurídico, que por sua vez, é a superação da maneira de refletir e viver o grupo social a partir da predominância dos interesses individuais, o qual o primeiro período da modernidade e que se reflete até a época presente.<sup>10</sup>

Os exemplos culturais em vigência e a origem de cada entidade permite que a solidariedade familiar, seja alternada de uma entidade familiar para

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106.

<sup>8</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.44.

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. Saraiva, 2008, p. 40.

outra, entretanto, dos direitos de caráter personalíssimos de cada membro da família, bem como o sustento e a concessão do subsídio que possibilita o crescimento esperado é o mínimo a ser resguardado, devendo o auxílio material e imaterial encontrar-se sempre patente nas relações jurídicas, determinando-se para fins de educação, alimentos, lazer, afeto, dentre outros, a solidariedade familiar.<sup>11</sup>

### 1.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente possui sua origem na transformação ocorrida nos últimos tempos na composição familiar, por meio do qual ela se despossou de seu papel econômico para se tornar um núcleo de apoio e afetividade.<sup>12</sup>

Tal princípio expressa que a criança e o adolescente precisam ter seus interesses tratados com preferência, pelo Estado, pelo corpo social e pela família, na elaboração e na prática dos direitos relativos a estes, especialmente nas relações familiares, como indivíduo em evolução e com dignidade.<sup>13</sup>

O artigo 227, *caput*, da Constituição Federal prevê que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.<sup>14</sup> Tal proteção igualmente é regularizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe em seu artigo 3º que a criança e o adolescente desfrutem de todos os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, sem dano da proteção integral, garantindo-lhes, por lei ou por outros modos, todas as oportunidades e as

---

<sup>11</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46-47.

<sup>12</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 126.

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2011.

felicidades, a fim de proporcioná-los o desenvolvimento corporal, intelectual, moral, espiritual e social, em circunstâncias de liberdade e de dignidade.<sup>15</sup>

A garantia do melhor interesse da criança implica em ultrapassar todas as barreiras da cegueira moral que por acaso exista, impedindo a formação de um juízo equivocado que possa intervir no futuro de um menor.<sup>16</sup>

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, deve-se abdicar do preconceito e libertar-se de percepções morais e estigmatizantes, para que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente seja atendido. O artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser priorizado, pois estabelece que a adoção será deferida, quando esta proporcionar reais benefícios para o adotando, além de firmar-se em fundamentos legítimos.<sup>17</sup>

#### 1.4 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade está inserido na Constituição Federal de forma implícita. Na Constituição acham-se fundamentos característicos do princípio da afetividade, os quais instituíram o desenvolvimento social do grupo familiar brasileiro, dentre eles a igualdade entre filhos (art. 227, § 6º); a igualdade de direitos na adoção (art. 227, §§ 5º e 6º); a família constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, compreendendo os adotivos, possuem a mesma dignidade de família constitucionalizada protegida (art. 226, §4º); o convívio familiar que não necessariamente tenha origem biológica é prioridade absoluta garantida à criança e ao adolescente (art. 227).<sup>18</sup>

O princípio da afetividade estabelece o direito de família na permanência dos vínculos socioafetivos e na comunhão de vida, com prioridade sobre as considerações de cunho patrimonial ou biológico.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei Nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2011

<sup>16</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 135.

<sup>17</sup> *Ibidem* p. 139.

<sup>18</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 47.

A família era patriarcal e estruturada nos bens de família, pois seu desígnio era, sobretudo, econômico. Eram formais os fundamentos do vínculo familiar. A família constituía um centro econômico e possuía ampla representação religiosa e política. O chefe da família concentrava em suas mãos uma enorme diversidade de poderes. Com o passar do tempo, a composição familiar foi sofrendo transformações. Com a inclusão da mulher no mercado de trabalho e com o feminismo, tal estrutura baseada na hierarquia e tradição passou por mudanças importantes.<sup>20</sup>

Perante essa nova estrutura, a família começou a se vincular e a se sustentar com predominância de ligações afetivas, em prejuízo das fundamentações econômicas, as quais passaram a ter uma importância subsidiária.<sup>21</sup>

Paulo Lobo, assim leciona:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, a frente da pessoa humana nas relações familiares.<sup>22</sup>

A família com toda certeza é ambiente especial, no qual o indivíduo se realiza, pois constitui um lugar onde ele passa a se desenvolver de forma pessoal, e inicia um processo de socialização, e também vive os primeiros ensinamentos de cidadania e uma experiência precursora de inserção no vínculo familiar, a qual se reproduzirá mais tarde, para os vínculos sociais.<sup>23</sup>

Quando a família não mais se sobressai enquanto instituição, e a dignidade humana se torna o centro da ordem jurídica, passa-se a dar valor aos componentes da família e não mais a entidade familiar como instituição. Essa

---

<sup>20</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

<sup>23</sup> PEREIRA, *op.cit.*, p. 182.

inversão de valores se deu porque a ampla liberdade de formar e romper os vínculos matrimoniais passou a ter vigência, não sendo mais necessária a imposição de que é preciso viver junto até o fim da vida. A liberdade de construção familiar possui estreita conformidade com o Princípio da Autonomia da Vontade, especialmente nas relações mais intrínsecas do ser humano, as quais possuem a felicidade como um valor soberano.<sup>24</sup>

Assim, consistindo a afetividade componente principal para a constituição da entidade familiar, devendo amoldar-se as aspirações do ser humano e seguir as mudanças, conforme ensina Maria Berenice Dias:

A família transforma-se na medida que se acentuam as relações e sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família (...) A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.<sup>25</sup>

Diante de todo o exposto, é possível concluir que através do princípio da afetividade “o ordenamento jurídico deverá reconhecer como família todo e qualquer grupo, no qual seus membros enxergam uns aos outros como o seu familiar”.<sup>26</sup> Assim, se deu com a chegada da Constituição Federal de 1988 que teve o princípio da dignidade humana como termo de transformação do paradigma familiar. Destarte, pode-se falar que o princípio da afetividade é o princípio direcionador do Direito de Família, porquanto o Estado comprometeu-se a garantir o afeto, ao estabelecer para si obrigações com os seus cidadãos, com a enumeração de direitos individuais e sociais como modo de assegurar a dignidade de todos.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 182.

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

<sup>26</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei nº. 11.340/2006, Lei Maria da Penha*. *Revista de jure*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, jan/jul, v.8, n. 39, 2007, p. 329-347.

<sup>27</sup> DIAS, op.cit., p. 66-68.

## 1.5 Tradição e Autonomia

Ao se falar em família, nasce a idéia de matrimônio, união conjugal, assim como a imagem de família patriarcal, na qual o pai é a pessoa principal, ao lado de sua mulher e cercados de filhos, noras, genros e netos, enxergando-se uma família com muitos membros, uma organização ampla e hierarquizada. Contudo, conforme sustenta o autor Roger Raupp Rios, o modelo tradicional de família passou por transformações após a primeira metade do século XX, a exemplo disso, a igualdade entre os consortes.<sup>28</sup>

Destaca Aline Mignon de Almeida, que durante séculos, foram constituídos casamentos, e, por conseguinte famílias, considerando apenas o patrimônio e a linhagem dos contraentes. Desde muito jovens os filhos eram prometidos pelos pais em casamentos “arranjados”, onde o aspecto afetivo era menos importante.<sup>29</sup>

A esse respeito discorre Viviane Girardi:

O casamento se prestava, mais do que um propósito e escolha de vida, como uma entre várias possibilidades de acordos entre os patriarcas, não sendo raro as promessas de casamento entre filhos e filhas de famílias abastadas ou de renome visando à preservação da tradição e ao crescimento econômico dos clãs envolvidos.<sup>30</sup>

Debaixo dessa visão em que a autoridade é exercida por homens, ou seja, do patriarcalismo, a família era considerada como algo cerrado, imóvel e duradouro, transcorrendo no tempo, sem dar importância à concretização pessoal de seus integrantes. Constituíam uma entidade munida de função. Possuía como uma de suas características a conservação de vínculos e relações políticas, bem como a continuação do nome e de bens patrimoniais que se imprimia para as futuras

---

<sup>28</sup> RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 55.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e sexualidade*. Coordenação Tereza Rodrigues Vieira. São Paulo: Editora jurídica brasileira, 2004, p. 73.

<sup>30</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.28.

gerações e que era a um único tempo, necessidade econômica e asseveração simbólica.<sup>31</sup>

Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a família matrimonial é o modelo mais tradicional, que é consequência daquela percepção patriarcal da família, demonstrando uma composição doméstica refreada pelo homem, no qual todos os outros membros giravam ao seu redor, abrangendo a figura feminina, cuja austeridade monogâmica era conservada, na maioria das vezes, pelo poder deste domínio conjugal. Deste modo, o casamento desempenhou na organização da família a função formadora essencial, porém também desempenhou a função máxima de constituir sua segurança exclusiva, assegurando sua perpetuação.<sup>32</sup>

Não obstante, os desenvolvimentos do casamento e da família, possuir no século passado suas origens, os efeitos só começaram a ser sentidos de fato nos dias atuais, e por isso têm, especialmente no plano político, uma considerável contemporaneidade.<sup>33</sup>

Sobre as mudanças ocorridas na família, Luc Ferry faz referência a três rupturas. A primeira segundo o autor “reside na passagem do casamento de conveniência”, aquele no qual, os pais organizavam ou por intermédio destes era organizado, considerando critérios de origem econômica ou de procedência; a um casamento por amor, no qual os parceiros escolhiam livremente.<sup>34</sup>

Assim, Luc Ferry menciona os ensinamentos do historiador François Lebrun, a respeito da transformação capital, para compreender o surgimento dos novos princípios do sentido:

Em comparação a hoje, as funções da família conjugal de ontem eram essencialmente econômicas: unidade de consumo e unidade

---

<sup>31</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 28.

<sup>32</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>, Acesso em 25 ago de 2011.

<sup>33</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 76.

<sup>34</sup> *Ibidem* p. 80.

de produção, ela devia, além disso, assegurar a conservação e a transmissão do patrimônio. O casal formava-se sobre tais bases econômicas por escolha e vontade dos pais ou, às vezes, dos próprios interessados, mas sem que os sentimentos desses últimos realmente contassem... Em tais condições, a família apenas muito secundariamente podia ter funções afetivas e educadoras. O bom casamento era o casamento de conveniência e não o casamento por amor; é claro, o amor podia ulteriormente nascer, a partir da vida em comum, mas um amor cheio de reservas, nada tendo a ver com amor-paixão, legado às relações extraconjugais.<sup>35</sup>

Na idade clássica o casal tinha como significação garantir a duração da linhagem e da propriedade familiar, sendo a responsabilidade, compartilhada pelos consortes, pelas obrigações de produção e reprodução.<sup>36</sup>

De acordo com Maria Berenice Dias, com o casamento a mulher passava a ser relativamente capaz, e tinha o dever de utilizar o sobrenome do esposo. As funções dos integrantes da família eram bem determinadas; sendo o homem o encarregado pelo sustento da família; a mulher era simples procriadora, limitada ao recinto familiar, à administração do domicílio e à educação dos filhos. O objetivo primordial da família era sua continuação.<sup>37</sup>

Para Luc Ferry, existe outro objetivo bem mais nobre aquele, simplesmente, do amor dividido, sendo ao mesmo tempo início e intenção última de uma união, que não pode ser mais imposto por ninguém, uma vez que se ampara por completo na afinidade eletiva e na escolha livremente aceita.<sup>38</sup>

Segundo o autor, a evidência mais disseminada nos dias atuais, quem sabe a única a provocar certa unanimidade é que:

A vida comum é caso de sentimento e de escolha, ela tem a ver com decisões individuais privadas, isto é, excluídas tanto quanto possível do controle da sociedade como um todo. Inclusive é em nome dessa visão “sentimental” das relações humanas que o casamento, mesmo por amor, é as vezes questionado: ainda estaria cedendo muito às

<sup>35</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 80.

<sup>36</sup> *Ibidem* p. 81.

<sup>37</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2006, p. 63;

<sup>38</sup> FERRY, op.cit., p. 317.p. 81.

tradições, uma inútil concessão à comunidade, enquanto os sentimentos autênticos deveriam ser poupados. Mas é também em nome dessa lógica do amor que outras categorias da população, sempre deixadas de fora, como padres e homossexuais, por exemplo, passaram a não querer mais ser excluídos do padrão comum.<sup>39</sup>

A segunda ruptura, de acordo com o autor, está diretamente atrelada à primeira. Por mais que possa parecer aos homens de hoje em dia, nos tempos passados a intimidade não existia. A possibilidade de qualquer privacidade era excluída, pois a maioria das famílias vivia em um mesmo aposento. Outra forma de não reconhecer a esfera privada, era o fato de a comunidade intrometer-se no convívio familiar, de um modo que para os dias atuais seria inconcebível.<sup>40</sup>

Por fim, a terceira ruptura que consiste naquela formada pelo advento do amor parental. Mas que do mesmo modo, não deixa de ser uma conseqüência das duas primeiras, a união por amor escolhida pelas pessoas e não mais estabelecida pela tradição, é uma das condições mais garantidas de afeto pelos filhos.<sup>41</sup>

O peso afetivo aumentou nas relações particulares, em decorrência da passagem de uma sociedade holística e hierarquizada para uma sociedade egocêntrica e igualitária.<sup>42</sup>

Maria Berenice destaca que esse modelo estabelecido no patriarcalismo não subsistiu a Revolução Industrial, que acrescentou a necessidade de operários, especialmente para atividades do setor terciário. A mulher entrou no mercado de trabalho, assim, o homem deixou de ser a única fonte de sustento da família. Essas mudanças ocasionaram um determinado embaraçamento de funções.

---

<sup>39</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 84.

<sup>40</sup> *Ibidem* p. 84.

<sup>41</sup> *Ibidem* p. 86.

<sup>42</sup> *Ibidem* p. 90.

Com esse distanciamento da mulher, o homem se viu obrigado a adotar certas funções domésticas e ainda ajudar no cuidado com a prole.<sup>43</sup>

Ao discorrer sobre as mudanças ocorridas na família Rodrigo da Cunha Pereira enuncia que quando as mulheres adquiriram um lugar de “Sujeito de Desejo”, o princípio da indissolubilidade do matrimônio desmoronou. A submissão das mulheres era o que escorava as uniões matrimoniais. Com o fim do casamento, atravessou-se por uma verdade social, na qual prevalecia a necessidade de que a manutenção do vínculo matrimonial estivesse no companheirismo, no amor e no afeto. Com isso ocorreu uma mudança de paradigma do Direito de Família, deixando a família de ser necessariamente um centro econômico e procracional.<sup>44</sup>

Sobre essa mudança no papel da família escreve Paulo Lôbo:

Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais unidade produtiva nem seguro contra velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número de filhos das entidades familiares.

A função procracional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou em razão de infertilidade. (...) <sup>45</sup>

Contudo, lembra o referido autor que as relações familiares possuem também natureza patrimonial, e sempre irão possuir, porém quando se tornam decisivas, corrompem o papel da família, como ambiente de concretização pessoal e afetiva dos seus integrantes.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 64.

<sup>44</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 6.

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva 2008, p. 3.

<sup>46</sup> *Ibidem* p. 10.

Em 1977, apesar das resistências religiosas, foi sancionada no Brasil, a Lei do Divórcio, sendo assim, os casais não necessitavam mais continuar unidos a qualquer custo.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira pondera que:

A Lei do Divórcio foi, portanto, um outro marco histórico importante na História do Direito de Família no Brasil. Significou a vitória de um dos princípios basilares do Direito, a liberdade, sobre um princípio que não mais impera em nosso ordenamento jurídico, o da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Em linguagem mais atual, na colisão de princípios venceu o de maior valor. Em outras palavras, a Lei do Divórcio foi a derrocada do princípio da indissolubilidade pelo princípio da liberdade dos sujeitos, um dos pilares da base de sustentação da ciência jurídica.<sup>47</sup>

Apenas com a chegada da Constituição de 1988, que o direito de família foi constitucionalizado passando a família a ser conduzida por paradigmas novos, dentre eles, multiplicidade familiar, igualdade substancial entre consortes e filhos, chefia simultânea ou repartida entre os consortes os quais não têm mais hierarquia, e de tipo eudemonista, que procura a felicidade por meio do comportamento humano moral, constituindo, portanto, a família contemporânea.<sup>48</sup>

Conforme Paulo Lôbo a Constituição Federal de 1988 alargou a tutela do Estado à família, gerando a mais intensa modificação de que se tem conhecimento, dentre as constituições atuais de outros países. De acordo com o autor determinados aspectos merecem ser destacados, quais sejam, a tutela do Estado atinge todo e qualquer instituto familiar; a família adota a condição de sujeito de direitos e deveres; os interesses pessoais dos membros da família precedem os interesses patrimoniais; o caráter socioafetivo da filiação passa a ser gênero, englobando espécies biológicas e não biológicas; é garantida a liberdade de formar, conservar e terminar uma entidade familiar e a liberdade de idealização familiar, sem

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 6.

<sup>48</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-51.

que o Estado imponha; configuração da família como ambiente de realização particular e da dignidade de seus componentes.<sup>49</sup>

A família moderna não condiz mais com as imputações determinadas pela característica de ser varão ou mulher. O filho não está mais submetido aos propósitos do pai. A família de hoje não é mais o ambiente de procriação e continuidade dos vínculos de sanguíneos<sup>50</sup>. Nesse sentido, conclui Viviane Girardi:

Pode-se dizer que a família legal contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar. Sendo porosa e plural, recebeu e incorporou as modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade, modificações estas influenciadas por fatores de ordem social, econômica e tecnológica. Dessa forma, vê-se que a família, por muitos tratada de decadente, transformada pelos anseios do homem moderno com este subsiste, tendo sua função e papel avivados, pois, atualmente, estar e permanecer em família é muito mais um ato de vontade do que uma imposição do meio social.<sup>51</sup>

Desta feita, Roger Raupp Rios entende que a modernização do direito de família que hoje é requerida pela realidade social, demanda a suplantação do paradigma do grupo familiar institucional, assim como, o reconhecimento dos valores modernos e das modernas formas de convivência, que constituem as famílias contemporâneas, que impetram a “família fusional e também a “família pós”-moderna”. Deste modo, observa o autor que haveria possibilidade de tirar proveito e refletir sobre o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, no qual evidencia a importância e a autonomia dos sujeitos que integram o grupo familiar.<sup>52</sup>

Nas palavras de Viviane Girardi:

(...) a valorização do espaço familiar, próprio e inerente à realização do ser humano, dota a entidade familiar de função e reconhece a afetividade como laço a mantê-la unida e existente. Com isso, o corte e a ruptura com a família patriarcal, não só estão dados, como

<sup>49</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

<sup>50</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 23.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 23-24.

<sup>52</sup> RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado; Esmafe, 2001, p. 105-106.

também fica delimitada a não-ingerência estatal na órbita interna da família, pois “a família não é célula do Estado (sociedade política), mas sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua: os espaços de cada qual devem ser delimitados (o que é interesse social e o que é interesse privado, nas relações de família).<sup>53</sup>

Nesse sentido o que deve prevalecer é a liberdade e autonomia do indivíduo, devendo este decidir de que modo irá constituir uma família, não cabendo ao Estado ou a sociedade estabelecer parâmetros para a formação familiar.

---

<sup>53</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 41.

## 2 ADOÇÃO E SEUS REQUISITOS

### 2.1 Conceito e finalidade

A adoção de acordo com Carlos Roberto Gonçalves vem a ser “ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.<sup>54</sup>

Maria Helena Diniz conceitua a adoção baseando-se em definições elaboradas por diferentes autores, assim de acordo com a autora:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.<sup>55</sup>

No dizer de Luiz Carlos de Barros Figueirêdo, a adoção é uma inserção em outra família, de modo definitivo adquirindo-se um liame jurídico específico de filiação de uma criança ou adolescente, cujos pais faleceram, anuíram, de forma expressa ao pedido, são ignorados ou até mesmo não podem ou não almejam assumir as suas funções parentais, fazendo com que a Autoridade Judiciária em processo adequado lhes tenha determinado a perda do pátrio poder.<sup>56</sup>

Por sua vez Maria Berenice Dias, em uma tentativa conceitual diz que “A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. Diz ainda que é uma modalidade de filiação edificada no amor, que causa vínculo de parentesco por escolha. Assim, a adoção consagra a paternidade socioafetiva, tomando por base o fator sociológico e não o fator biológico.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 329.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 5: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 448.

<sup>56</sup> FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 28.

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

O instituto da adoção foi criado com o objetivo de prover a falta de filhos às famílias que se encontravam impossibilitadas de tê-los, e como modo de dar sequência ao culto doméstico e impedir que a memória de seus ancestrais fosse apagada.

De acordo com essa acepção, Viviane Girardi conclui “... Assim, a adoção só se justificava, portanto, na necessidade de se prevenir a extinção de um culto de determinada família e só era permitida a quem comprovadamente não pudesse gerar filhos”.<sup>58</sup>

Tal finalidade foi abandonada, e passou-se a valorizar os interesses paternos, e posteriormente com desígnios de incentivar a solidariedade social e um espaço melhor para a infância desamparada.<sup>59</sup>

Quanto à finalidade da adoção, assegura Caio Mario.

Na vida moderna, ocorrem motivações diferentes, predominando a idéia de ensejar aos que não tem filhos, particularmente aos casais sem prole, empregar num estranho a sua carga efetiva. Acresce ainda um interesse público em propiciar a infância desvalida e infeliz a obtenção de lar e assistência.<sup>60</sup>

Nesse sentido Silvio de Salvo Venosa afirma que “O enfoque da adoção atual terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes”.

A adoção passou a exercer função de manifesta importância, modificando-se em instituto filantrópico, de natureza proeminentemente humanitária, permitindo não somente a dar filhos aqueles impedidos naturalmente de tê-los, mas

---

<sup>58</sup> GIRADI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 114-115.

<sup>59</sup> *Ibidem* p. 116.

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 214.

também permitir que um maior número de menores abandonados sejam adotados, e possam ter um novo lar.<sup>61</sup>

A respeito da finalidade da adoção na contemporaneidade, Silvio de Salvo Venosa, assim leciona:

A adoção, na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento e levantará suspeitas.<sup>62</sup>

Verifica-se, portanto, que o instituto da adoção possui uma nova perspectiva que é a procura por uma família a uma criança ou adolescente desamparado, e não somente de dar filhos àqueles que não podem ter.

## 2.2 Natureza Jurídica

Afirma Carlos Roberto Gonçalves que a natureza jurídica da adoção é controvertida.<sup>63</sup> Silvio de Salvo Venosa compartilha do mesmo entendimento, e assevera que “a dificuldade decorre da natureza e origem do ato”.

Na sistemática do Código Civil de 1916, o instituto da adoção tinha caráter nitidamente contratual. Tal instituto consistia em negócio jurídico bilateral e solene, visto que era efetivado por escritura pública por meio da aquiescência das duas partes.<sup>64</sup>

Por sua vez, na adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser considerada apenas a existência de mera bilateralidade na manifestação de vontade, devido a participação imprescindível do Estado no ato da adoção, no qual exige-se uma sentença judicial, assim como é feito no Código Civil de 2002. A adoção moderna é dirigida essencialmente aos menores de 18 anos, não se encontrando mais submetida a uma simples adequação de vontades, mas

---

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331-332.

<sup>62</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 275.

<sup>63</sup> GONÇALVES, op.cit., p. 330.

<sup>64</sup> *Ibidem* p. 330.

dependente da ingerência do Estado que não pode ser afastada. Assim, na adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente existe um ato jurídico com acentuado interesse público que aparta o caráter contratualista deste instituto.<sup>65</sup>

Nesse sentido, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves “podem ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o *status* que gera, preponderantemente de natureza institucional”.<sup>66</sup>

### 2.3 Requisitos

O instituto da adoção encontra-se normatizado nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos artigos 1618 a 1629 do Código Civil. No Brasil existem duas maneiras de realizar a adoção; a do maior de 18 anos, que é regida pelo Código Civil e do menor até os 18 anos, sendo conduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inicialmente de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, para que uma pessoa se encontre hábil a adotar uma criança ou um adolescente, é necessário que ela esteja habilitada através de um registro no cadastro de adotantes, conforme o artigo 50, do Estatuto mencionado, assim como satisfazer e cumprir alguns requisitos que serão indicados a seguir.

Contudo, se o interessado em adotar não se encontrar inscrito no registro, tal fato não configura impedimento à adoção. É essencial que o sistema de seleção seja inteiramente minucioso, uma vez que a inclusão de crianças e adolescentes em outras famílias constitui atitude de elevada responsabilidade. Em aquiescência com Antônio Fonseca:

Para a adoção de crianças e adolescentes, o art. 50 e §§ da Lei nº. 6.069/90 determina que a autoridade judiciária mantenha um registro de pessoas que podem adotar, ou seja, uma listagem de pessoas previamente habilitadas e consideradas aptas pelo Juizado para a

---

<sup>65</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 278.

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol. VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 330.

adoção. Destarte, se a pessoa estiver na lista de pretendentes à adoção, observada a ordem de inscrição, está apta a adotar.<sup>67</sup>

Segundo dispõe o artigo 39, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção não pode ser realizada por procuração, por se tratar de ato que exige a iniciativa e a presença dos adotantes. Ao realizar essa proibição, o Estatuto tem a intenção de exigir que o interessado compareça perante o magistrado, devendo o processo de adoção ser processado pela vara especializada da infância e da juventude.<sup>68</sup>

Carlos Roberto Gonçalves mencionando Antonio Chaves

A adoção é ato pessoal do adotante, uma vez que a lei a veda por procuração (ECA, art. 39, parágrafo único). O estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção. Está implícito, no entanto, que o adotante deve estar em condições morais e materiais de desempenhar a função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança carente, cujo destino e felicidade lhe são entregues.<sup>69</sup>

Outro requisito diz respeito à idade do adotante, prevêm os artigos 1.618 do Código Civil e 40 do Estatuto da Criança e o Adolescente, que a idade mínima do adotante deve ser 18 anos. Silvio de Salvo Venosa ensina que a idade constitui requisito objetivo para o interessado em adotar; enquanto que a maturidade, condição subjetiva, por exemplo, é aspecto de oportunidade e conveniência, devendo ser avaliado pelo juiz em cada situação em particular.<sup>70</sup>

Há também outro requisito que trata da idade, o qual diz que deve existir uma diferença de 16 anos entre o adotante e o adotado (art. 1.619, CC e 42, § 3º ECA). Esse lapso temporal procura copiar a vida, uma vez que para ocorrer a procriação é necessária tal diferença de idade.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O código civil e o novo direito de família*. Editora Livraria do Advogado. 2004. P. 101.

<sup>68</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 276.

<sup>69</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Apud, CHAVES, Antonio in: *Direito civil brasileiro. Vol. VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

<sup>70</sup> VENOSA, op.cit., p. 276.

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 429.

A esse respeito, ensina Paulo Lobo:

(...) A regra procura estabelecer um distanciamento mínimo e razoável entre as idades do adotante e do adotado. A adoção imita a vida, sendo recomendável que entre um e outro se reproduzam as condições temporais mínimas que ocorrem, normalmente, entre pais e filhos. (...) <sup>72</sup>

É necessário também o consentimento do adotado, de seus pais ou representante legal. No caso do adotado ser absolutamente incapaz, caberá ao representante legal efetivar o consentimento, no entanto, se o adotado tiver mais de 12 anos, este deve ser ouvido para exprimir sua anuência. A concordância não será necessária relativamente a criança ou adolescente, no caso de não serem conhecidos seus pais ou se estes forem destituídos do poder familiar (art. 1.621, § 1º, CC). O consentimento será dispensado quando se tratar de criança abandonada, no qual seja ignorados seus pais, ou se encontrarem sumidos, ou tenham sido afastados do pátrio poder, sem indicação de tutor ou quando no caso de órfão não houver reclamação por qualquer familiar no período de mais de um ano (art. 1.624, CC). <sup>73</sup>

Relativamente ao consentimento, leciona Paulo Lobo:

A adoção não pode ser imposta, desconsiderando a relação de filiação existente. A necessidade do consentimento dos representantes legais do adotando, especialmente os pais, envolve a autonomia dos sujeitos, considerando-se o corte definitivo que haverá na relação de parentesco, entre eles, e na transferência permanente de família. Sem o consentimento não poderá haver adoção. O direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não podendo ser suprido por decisão judicial. <sup>74</sup>

Quando versar sobre menor acima de 12 anos de idade, este precisará ser ouvido, sendo indispensável sua concordância, conforme reza o artigo 45, § 2º, do Estatuto. Ressalte-se que o menor é tido como sujeito de direito, sendo

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.275.

<sup>73</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Vol. 5: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 419.

<sup>74</sup> LÔBO, op.cit., p. 277.

que sua recusa em ser adotado, por si só, não condiciona o juiz a indeferir o pedido, entretanto, em tais circunstâncias, a adoção terá que obedecer a um procedimento mais cauteloso.<sup>75</sup>

É imprescindível a intervenção judicial, visto que a adoção apenas se completa diante do juiz, devendo o Ministério Público intervir, até mesmo na adoção de maiores de 18 anos.<sup>76</sup>

O processamento da ação é realizado nas varas de família, relativamente à adoção de maiores de 18 anos e também de crianças e adolescentes, independente da existência de situação que compreenda litígio.<sup>77</sup>

Estabelece o artigo 46 e parágrafos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que seja realizado o estágio de convivência do adotante com adotando. Esse estágio consiste em um período fixado pelo juiz, no qual o adotando passará a conviver com os adotantes, tendo por objetivo analisar a adaptação do adotando a sua nova família, assim como a compatibilidade da família com a adoção. Tal estágio poderá ser dispensado quando a criança tiver menos de um ano de idade ou se os adotantes já tiverem tempo satisfatório como o adotando, para que se possa avaliar o convívio da adoção.<sup>78</sup>

Conforme Maria Helena Diniz, além dos requisitos até aqui expostos, são exigidos outros requisitos:

“Exige-se além dos requisitos específicos para a concessão desse pedido: a) qualificação do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, com expressa anuência deste; b) indicação de eventual parentesco do requerente e do cônjuge, ou companheiro com a criança ou adolescente, especificando se há ou não outro parente vivo; c) qualificação completa do adotando e de seus pais, se conhecidos; d) indicação do cartório onde se deu a inscrição do nascimento do adotando, anexando se for possível, uma cópia de

---

<sup>75</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 381.

<sup>76</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Vol. 5: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 420.

<sup>77</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 442.

<sup>78</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 81.

sua certidão de nascimento; e e) declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos pertencentes ao adotando (Lei 8.069/90, art. 165, I a IV e parágrafo único).<sup>79</sup>

Observa-se que dentre os requisitos exigidos, não há um sequer um que estabeleça a opção sexual dos interessados em adotar uma criança ou adolescente.

## 2.4 Tipos de Adoção

### 2.4.1 Adoção por duas pessoas e Adoção unilateral

O artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe que a mesma criança ou adolescente seja adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se manterem em união estável.<sup>80</sup>

Conforme Paulo Lobo essa vedação é categórica e decorre “da regra equivalente do Código Civil anterior, que tinha como paradigma a família constituída pelo casamento”. Contudo o autor discorda dessa opção legislativa nos seguintes termos “Certamente, não é a melhor opção legislativa, porque cria barreira legal a situações existenciais difundidas na sociedade brasileira, que não correspondem a esse modelo”.<sup>81</sup>

Nesse sentido entendem Cristiano de Farias Chaves e Nelson Rosenvald:

Por isso, entendemos, com base em valores constitucionais, ser possível, no caso concreto, o afastamento da barreira legal, admitida a adoção por duas pessoas que se revelar benéfica e vantajosa para o adotado. Seria o exemplo da adoção pelo par homoafetivo e por núcleos familiares simultâneos.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Vol. 5: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 420.

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei Nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2011.

<sup>81</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

<sup>82</sup> CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 922.

Há exceções a essa regra geral, diz respeito a adoção por duas pessoas que sejam casadas civilmente ou que mantenham união estável, demonstrada a estabilidade da família. Consentindo-se a adoção por pessoas divorciadas, separadas judicialmente ou quando desfeita a união estável, mas para isso devem cumprir alguns requisitos tais como: acordo sobre a guarda e a visitação e relativamente ao estágio de convivência.<sup>83</sup>

Quanto à adoção unilateral a lei permite que o cônjuge ou companheiro adote os filhos do outro, contudo tal ato não interfere na filiação relativamente ao pai ou a mãe biológica.<sup>84</sup>

Maria Berenice Dias menciona três possibilidades para que ocorra adoção unilateral:

(a) quando o filho reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; (c) em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.<sup>85</sup>

De qualquer modo, ocorrendo a adoção unilateral ou bilateral, a decisão judicial de concessão da adoção deve ser guiada pela comprovação de reais vantagens ao adotado e observância à sua proteção integral.<sup>86</sup>

#### **2.4.2 Adoção de maiores de 18 anos**

Nesse tipo de adoção o Código Civil restringiu-se a determinar a assistência efetiva do poder público, fato este que acaba tornando indispensável a via judicial, devendo ser aplicada no que couber as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 923.

<sup>84</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 489.

<sup>85</sup> *Ibidem* p. 491.

<sup>86</sup> CHAVES e ROSENVALD. *op.cit.*, p. 924.

<sup>87</sup> DIAS, *op.cit.*, p. 492.

Permanece a proibição da adoção por ascendentes ou entre irmãos, estabelecida no art. 42, § 1º, do ECA. O estágio de convivência nestes casos é desnecessário, pois trata-se de direito personalíssimo sendo necessária a manifestação de vontade do adotante e do adotado. Não há vedação no que diz respeito à adoção entre parentes colaterais de terceiro e quarto graus.<sup>88</sup>

Relativamente ao consentimento dos pais, destaca Maria Berenice Dias:

As posições são contraditórias. No entanto, é imperativo, se não o consentimento, ao menos a citação dos pais registrais. Mesmo que não precisem consentir, os pais biológicos devem ser citados, pois a sentença terá profunda ingerência em suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção do poder familiar. Como a adoção faz cessar todos os vínculos parentais, de todo desarrazoada a “perda” de um filho sem sequer tomar conhecimento de tal fato.<sup>89</sup>

### 2.4.3 A adoção à brasileira

Essa forma de adoção ocorre quando uma pessoa registra filho de outra pessoa como se fosse seu.<sup>90</sup> Por mais que essa prática constitua crime contra a condição de filiação, não ocorrem punições, devido a motivação afetiva que abarca tal prática.<sup>91</sup>

Com relação a desconstituição do registro Maria Berenice Dias alude que “a jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de modo espontâneo, por meio da “adoção à brasileira”, passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível”.<sup>92</sup> Até mesmo porque a adoção é irrevogável, assim não há razão para aceitar arrependimento futuro.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 493.

<sup>89</sup> *Ibidem* p. 493.

<sup>90</sup> CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 927.

<sup>91</sup> DIAS, *op.cit.*, p. 496.

<sup>92</sup> *Ibidem* p. 496.

<sup>93</sup> CHAVES e ROSENVALD, *op.cit.*, p. 928.

#### 2.4.5 Adoção *intuitu personae*

De acordo com Maria Berenice Dias, “chama-se adoção *intuitu personae* quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança”.<sup>94</sup>

No entanto, se a mãe entrega o filho a quem ela escolher o Ministério Público ingressa com pedido de busca e apreensão e esta criança vai para instituições e lá permanece até terminar o processo de exoneração do poder familiar e aí sim é entregue em adoção aos inscritos no cadastro de pessoas interessadas em adotar.<sup>95</sup>

O STJ considerando o melhor interesse da criança tem acolhido a adoção *intuitu personae* a pessoas que convivem com a criança e estabelecem vínculos afetivos, mesmo que não estejam cadastradas.<sup>96</sup>

#### 2.4.6 Adoção póstuma

No caso de falecimento do adotante no curso do processo os efeitos retroagem a data da morte, assim, o óbito do adotante no decorrer do processo judicial de adoção não obsta o estabelecimento do vínculo de parentesco entre o adotado e o adotante.<sup>97</sup>

A jurisprudência tem entendido que a exigência de o processo já ter iniciado para que ocorra a adoção póstuma pode ser afastada, bastando a demonstração inequívoca de manifestação de vontade do adotante, pois trata-se de procedimento socioafetivo de adoção.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 498.

<sup>95</sup> *Ibidem* p. 498

<sup>96</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AgRg na MC 15.097/MG*, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.03.2009.

<sup>97</sup> CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 930.

<sup>98</sup> DIAS, *op.cit.*, p. 495-496.

Não importa qual seja a forma de adoção, o que realmente deve ser levado em consideração são as reais vantagens ao adotando e a observância do princípio da proteção integral.

Com relação à adoção homoafetiva, esta será tratada no capítulo seguinte desta monografia.

## 2.5 Efeitos

Conforme prevêem os artigos 1.628, do Código Civil e 47, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, excetuando a hipótese de falecimento do adotante no decorrer do procedimento de adoção. A observância do trânsito em julgado se dá devido a possibilidade de interposição de recurso pelas partes ou pelo Ministério Público.<sup>99</sup>

A adoção provoca rompimento total em relação ao adotado e sua família de origem, diferentemente do que ocorria no formato da adoção simples, a qual determinava vínculo dúplice entre o adotante e a família de origem do adotado, sem nenhuma relação com os outros integrantes da família do adotante.<sup>100</sup>

O artigo 41, do ECA estabelece que a adoção confere a condição de filho ao adotado, passando este a ter os mesmos direitos e obrigações, até mesmo sucessórios, desprendendo o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, exceto no que toca os impedimentos matrimoniais.<sup>101</sup> De acordo com Paulo Lôbo essa vedação tem como finalidade evitar o incesto, por conseguinte, não tem a ver com relação de parentesco, com seu complexo de direitos e deveres, que é inteiramente suprimido.<sup>102</sup>

No que toca a relação de parentesco ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “Cessarà todo e qualquer vínculo, direitos ou deveres

---

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 264.

<sup>100</sup> *Ibidem* p. 262.

<sup>101</sup> BRASIL. *Lei Nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de jul de 2011

<sup>102</sup> LÔBO, *op.cit.*, p. 262.

em relação aos componentes do núcleo familiar anterior, não se cogitando de efeitos atinentes aos alimentos e à sucessão, por exemplo”.<sup>103</sup> Assumindo o adotante o pátrio poder e extinguindo o pátrio poder dos pais naturais.<sup>104</sup>

A sentença de adoção registrará os nomes dos adotantes como pais, assim como o nome de seus ascendentes, através de mandado judicial o registro original do adotado será cancelado e não poderá constar qualquer apontamento sobre a sua origem nas certidões de registro.<sup>105</sup>

Outro efeito da adoção diz respeito à imputação ao adotado do sobrenome do adotante, podendo este solicitar que também o prenome seja modificado. Fundamenta-se no artigo 227, § 6º, da Constituição o direito à identidade pessoal dos filhos sem discriminação, sejam os filhos provenientes da relação matrimonial ou da adoção. Esse direito a identidade pessoal denota o direito a ter nome, o qual é incondicional e inato.<sup>106</sup>

Paulo Lobo menciona três efeitos peculiares em face do adotante e de seus parentes, visto que o adotado passa a integrar completamente a família do adotante, quais sejam:

- a) constitui relação de parentesco com o adotante, assumindo este a posição de pai ou mãe do adotado, com os direitos e deveres inerentes à paternidade e maternidade, inclusive os do poder familiar;
- b) constitui relação de parentesco entre o adotante e os descendentes do adotado, ou seja, filhos e netos, que passam a ser netos e bisnetos do primeiro; mas não há qualquer parentesco do adotante com os parentes originários do adotado, porque estes deixam de o ser; por exemplo, os irmãos biológicos do adotado não mais serão seus irmãos, restando apenas a vedação do incesto;
- c) constitui relação de parentesco do adotado com os parentes do adotante, ou seja, de seus ascendentes e colaterais; por exemplo, o pai do adotante passa a ser avô do adotado, o irmão do adotante passa a ser tio do adotado, e assim sucessivamente.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> CHAVES e ROSENVALD, Cristiano de Farias e Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 931-932.

<sup>104</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 297.

<sup>105</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 349.

<sup>106</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 262.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 262.

Uma vez realizada a adoção esta se torna irrevogável. A sentença de adoção apenas poderá ser dissolvida considerando os princípios processuais. No caso de falecimento do adotante, tal fato não restabelece o vínculo natural com os pais biológicos.<sup>108</sup>

No tocante aos efeitos materiais Silvio de Salvo Venosa destaca que “o adotado passa a ser herdeiro do adotante, sem qualquer discriminação, e o direito a alimentos também se coloca entre ambos de forma recíproca”. Desvinculando-se integralmente o adotado de sua família originária, nesses aspectos.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 297.

<sup>109</sup> *Ibidem* p. 298.

### 3 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

Os vínculos homoafetivos fazem jus à proteção na esfera do Direito de Família, visto que nessa esfera excedem a questão patrimonial. De tal maneira, não pode o legislador persistir em reconhecer sociedade de fato, em vez de se apoiar das regras do Direito de Família, pois existe uma diferença irrefutável.<sup>110</sup>

Destaca Maria Berenice Dias, que a jurisprudência se inclina em reconhecer a existência de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, considerando unicamente o vínculo negocial, recusando assim, a existência de relacionamento afetivo com as peculiaridades de uma família.<sup>111</sup>

O autor Leon Frejda Szklarowsky, destaca que: “A jurisprudência nacional tem reconhecido a união de fato, como se sócios fossem os parceiros, mas nunca uma entidade familiar, nos termos do conceito que lhe empresta a Constituição e a legislação vigente”.<sup>112</sup>

Para Silvio de Salvo Venosa, enquanto a maioria da sociedade não acolher as uniões homoafetivas, que se revele em uma possibilidade legislativa, essas uniões devem causar somente efeitos patrimoniais concernente às sociedades de fato. Reconhece o autor, que os julgados e os movimentos são crescentes, no sentido de que os direitos emanados das relações homoafetivas sejam ampliados. E que para a lei admitir os direitos mais vastos às uniões de pessoas do mesmo sexo é apenas uma questão de tempo.<sup>113</sup>

A sociedade ocidental durante um longo período admitia o patriarcado, estabelecido no casamento solene, inseparável e sagrado, dominante

---

<sup>110</sup> RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 109.

<sup>111</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 185.

<sup>112</sup> SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=173&ru=Direito>>. Acesso em: 2 ago 2011.

<sup>113</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 409.

até o começo do século XX, como único padrão familiar legítimo. Até a Constituição Federal de 1988 este modelo vigorava no Brasil.<sup>114</sup>

A esse respeito, assim se posiciona Edson Fachin:

Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. O descompasso do tempo contemporâneo com a imagem clássica se revela, presentes as novas tendências que já batem às portas (...) aquele Código clássico é surpreendido pela engenharia genética, e a concepção sociológica plural fragmenta o discurso jurídico monolítico da unidade conceitual da família, (...) a afetividade assume dimensões jurídicas.<sup>115</sup>

O modelo de família constituído pelo casamento sofreu transformações, a sociedade se desenvolveu, e com isso surgiram novos modelos, que precisam ser tutelados pelo Estado.

Atualmente as famílias não seguem um modelo rigoroso de constituição. Podem se originar por meio da convivência diária.

Nesse sentido, ensina Luciana Fáisca Nahas:

As famílias hoje não seguem um padrão rígido e formal de constituição e desenvolvimento. Podem ser famílias de fato, originadas tão somente através do convívio diário, ou famílias solenizadas através do casamento. As famílias são plurais, admitindo a interconexão entre parentes através da possibilidade de novas uniões conjugais.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> NAHAS, Luciana Fáisca. *União homossexual. Proteção constitucional* Curitiba: Juruá, 2006, p. 102.

<sup>115</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

<sup>116</sup> NAHAS, op.cit., p. 125.

A família contemporânea dá valor ao vínculo afetivo que antes era secundário, e dar menor importância ao patrimônio e sangue, vínculos que eram principais na formação da família.<sup>117</sup>

O alicerce das atuais relações é o afeto. Embora a nossa Constituição não o regule expressamente, ele advém da dignidade da pessoa humana. Assim, o vínculo familiar deixou de ser biológico para ser afetivo, eis que surgiu a paternidade socioafetiva, trazendo rupturas de paradigmas, e fazendo com que a família evolua conforme o seu desenvolvimento.

Relativamente a esta reversão no objetivo da família, Paulo Luiz Netto Lobo, assim se posicionou.

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

Segundo, Maria Berenice Dias “No momento em que a família passou a ser identificada pela presença de um elo de afeto, os vínculos da parentalidade vêm sendo definidos pela identidade sócio-afetiva, e não pela consangüinidade”<sup>118</sup>. Dessa forma, a família passou a ser vivida como um ambiente de afetividade, destinado a cumprir as aspirações de felicidade de cada um.<sup>119</sup>

Para Luciana Faísca Nahas, “(...) O afeto torna-se ainda mais importante e destacado em relação às uniões familiares caracterizadas pela conjugalidade”.<sup>120</sup>

Nesse sentido, a referida autora assim se posiciona:

<sup>117</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Editora, 2001, p. 75.

<sup>118</sup> DIAS, Maria Berenice. *Sociedade de Afeto: Um nome para a família*. Revista Brasileira de Direito de Família, 2004, p. 19.

<sup>119</sup> *Ibidem* p. 18

<sup>120</sup> NAHAS, Luciana Faísca. *União Homossexual. Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 126.

As uniões de pessoas do mesmo sexo têm potencial para, no caso concreto, possuírem essa característica de afeto e conjugalidade. Basta analisar a presença dos elementos fundamentais, como a intenção de ter uma vida em comum, com mútua assistência afetiva e patrimonial, fidelidade, durabilidade, continuidade e publicidade. Ou seja, no plano fático, podem se igualar às uniões de pessoas de sexos diversos. Importa destacar se é possível o reconhecimento jurídico sob o viés constitucional.<sup>121</sup>

As uniões homoafetivas, ainda que não previstas de maneira expressa na Constituição e na legislação infraconstitucional, existem e possuem direito de serem tuteladas juridicamente. A falta de regulamentação estabelece que as uniões de pessoas do mesmo sexo passem a ser identificadas como entidades familiares no âmbito do direito das famílias. O caráter afetivo do vínculo em nada o distingue das uniões heterossexuais, tendo direito a ser identificado como uma entidade familiar, uma vez que possui como embasamento o mesmo fundamento nas demais, qual seja o afeto.<sup>122</sup>

Entretanto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama não compartilha desse mesmo entendimento, como evidenciam suas palavras:

É inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou opções sexuais. O afeto, existe na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiris, não há dúvida. Mas, juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que vivam em situação similar àquela das uniões heterossexuais, tal como a união sexual entre concubinos, bem como entre parentes. Inexiste dúvida de que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, formando uma entidade quase-familiar, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família. O Estado pode dispensar um tratamento desigual aos particulares desde que o faça Justificadamente. Vejamos, pois, qual é o elemento de discriminação.

---

<sup>121</sup> NAHAS, Luciana Faísca. *União Homossexual. Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 126.

<sup>122</sup> DIAS, Maria Berenice, organizadora. *Direito das famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 233.

A sexualidade, tal como vista no Direito, é aquela considerada natural – ou normal –, somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo, inclusive, a perpetuação da estirpe com a prole daí resultante, aumentando numericamente os integrantes da família. Assim, no controle estatal da sexualidade, há obstáculo a que outras práticas sexuais – ainda que presentes na realidade fática –, possam se consideradas juridicamente.<sup>123</sup>

Especificamente na esfera do Direito de Família, há desacordos a propósito da possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. A carência de previsão constitucional e legal expressa constitui a principal causa para a negação desta possibilidade.<sup>124</sup>

A esse respeito vejamos o posicionamento do autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A Constituição Federal de 1988 deixa expresso que outras realidades sociológicas, além das uniões matrimoniais, constituem autênticas famílias, na acepção jurídica (...) Mas, mesmo com o texto constitucional de 1988, certas realidades sociológicas de natureza familiar ainda foram mantidas afastadas do Direito de Família, tais como o concubinato (na estreita acepção da palavra), as uniões entre pessoas do mesmo sexo e a convivência afetiva assexuada entre amigos ou parentes.<sup>125</sup>

A falta de referência às uniões homoafetivas não significa dizer que a Constituição silenciou. O fato de a Constituição não fazer menção as relações de pessoas do mesmo sexo, não sugere, obrigatoriamente, que a Constituição não garanta o reconhecimento destas relações.

Nesse sentido, vejamos o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes:

O raciocínio implícito a este posicionamento pode ser inserindo entre aqueles que compõem a chamada teoria da “norma geral exclusiva” segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um

<sup>123</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A união civil entre pessoas do mesmo sexo*. Revista de Direito Privado. n. 02, abril-junho 2000, p. 170-171.

<sup>124</sup> NAHAS, Luciana Fáisca. *União homossexual. Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 116.

<sup>125</sup> GAMA, op.cit., p. 33.

comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes e de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.<sup>126</sup>

Para Paulo Lôbo, através da interpretação de três preceitos estabelecidos na Constituição Federal, chega-se à inserção das entidades familiares não mencionadas de forma explícita. Quais sejam:

- a) “Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (caput)
- b) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes
- c) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.<sup>127</sup>

Ainda de acordo com o autor no caput do artigo 226, realizou-se a mais radical mudança, relativamente ao campo de vigência da proteção constitucional à família. Na Constituição de 1988, não possui qualquer tipo de alusão a um tipo de família específico. A expressão “constituída pelo casamento” (artigo. 175 da Constituição de 1967-69) ao ser suprimida, colocou debaixo da proteção constitucional a família, isto é, qualquer família. Desaparecendo, assim, cláusula de exclusão. Embora, seus parágrafos, mencionem determinados tipos de família, para lhes conferir implicações jurídicas, tal fato não implica dizer que a

---

<sup>126</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. In: Revista trimestral de Direito Civil nº 01.89-112.200, p. 105.

<sup>127</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 02 set 2011.

cláusula de exclusão foi restabelecida. A exegese de um preceito amplo não permite extinguir de seus efeitos situações e tipos habituais, reduzindo direitos subjetivos.<sup>128</sup>

A esse respeito, conclui o referido autor:

(...) O caput do art. 226 é conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.<sup>129</sup>

Para Luciana Faísca Nahas, a norma que regulamenta a tutela à família na Constituição de 1988, constitui, sem dúvida, norma aberta, ao estabelecer no caput do art. 226, a proteção à família como base da sociedade, deixando de delimitar qual família, e de dizer o que é família, portanto, cabe ao intérprete o encargo de defini-la.

Maria Berenice Dias acompanha esse entendimento e diz mais ao asseverar que ao afastar as uniões homoafetivas do domínio da juridicidade, o legislador estará se tornando cúmplice com a injustiça:

A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 02 set 2011.

<sup>129</sup> Ibidem, Acesso em: 02 set 2011

<sup>130</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 192.

Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais [...], são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito de família. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade que gera comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial, simplesmente é cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.<sup>131</sup>

Dessa forma, permitiu a tutela de novas formas de uniões, que não sejam unicamente oriundas do casamento.<sup>132</sup>

A respeito da norma de inclusão do artigo 226, da Constituição, Luís Roberto Barroso, ensina:

É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.<sup>133</sup>

De acordo com Ana Maria Louzada, o art. 226 da Constituição trata de norma de cunho exemplificativo, não existindo assim, nenhuma ressalva as uniões ou casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pois conforme a Constituição Federal é a família e não o casamento a base da sociedade, digna de tutela especial do Estado, não sendo possível afastar de concepção de família, e, por conseguinte, a união homoafetiva é merecedora de direitos.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 63.

<sup>132</sup> NAHAS, Lucina Faísca. *União homossexual. Proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90-91.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mais iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em 01 set 2011.

<sup>134</sup> LOUZADA, Ana Maria. *Direito das famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. Maria Berenice Dias organizadora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

Luis Roberto Barroso entende que “as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher”.<sup>135</sup>

Por outro lado, entende Paulo Luiz Netto Lobo:

A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, não vejo necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (§ 3º do art. 226). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.

O tratamento que deve ser dado a essas relações ainda causa divergências. Mas o fato é que o Estado não pode persistir em não reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda no ensinamento de Paulo Lobo:

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada a outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de espaço de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.<sup>136</sup>

Dessa forma, as uniões entre pessoas do mesmo sexo quando cumprirem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade e possuírem o

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mais iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em 01 set 2011.

<sup>136</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

objetivo de constituir uma família, são entidade familiares tuteladas pela Constituição.<sup>137</sup>

Nesse mesmo sentido se posiciona Luciana Faísca Nahas, vejamos:

Assim, duas pessoas unidas com o objetivo de constituir família, e de prover aos indivíduos assistência moral, afetiva e patrimonial, com atributos da fidelidade e lealdade, são uma entidade familiar, sejam do mesmo sexo ou não. (...)

Desta forma, é perfeitamente possível a inclusão, dentro deste conceito de Família das uniões de pessoas do mesmo sexo, desde que contenham os requisitos equiparáveis aos da união estável, pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, de forma a ser uma união exclusiva e com finalidade de promover a realização dos indivíduos através da assistência afetiva.

Estando presentes estas características mínimas para o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões de pessoas do mesmo sexo, é possível afirmar-se que estão abrangidas pela proteção constitucional à Família. Pode-se considerá-las como entidades familiares, dignas de proteção constitucional, em consonância com os princípios constitucionais da pluralidade, não discriminação, fraternidade, igualdade e liberdade.<sup>138</sup>

A família não mais se distingue por ocasião do casamento. A existência de descendentes não é fundamental para que o convívio mereça reconhecimento e tutela constitucional, visto que a sua ausência não implica sua desconstituição. A prole e a aptidão procracional não são essenciais para que o convívio de dois indivíduos faça jus ao amparo legal, sendo assim, não há razão plausível para deixar de proteger as uniões homoafetivas, sob a concepção de família. Ressalvar onde a norma não faz distinção constitui maneira de privar direitos.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

<sup>138</sup> NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual: proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 136-137.

<sup>139</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e o direito à diferença*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=327>> Acesso em: 8 ago. 20011.

Dessa forma, essencialmente, o que se procura, é o reconhecimento das relações homoafetivas, para que estas possam obter como resultado natural direitos provenientes dessas relações, assim como sua constitucionalidade e regulamentação no âmbito do direito de família, afim de que passem a ter os mesmos direitos que as relações heterossexuais têm, como por exemplo, a viabilidade legal da adoção conjunta por pares homoafetivos.<sup>140</sup>

### 3.1 Adoção Homoafetiva

O instituto da adoção no Brasil foi tratado pela primeira vez pelo Código Civil de 1916. Tal instituto possuía por finalidade oferecer um filho àqueles indivíduos que por fatores biológicos não poderiam tê-los.

Com o passar do tempo, as regras do antigo código mudaram, e novos conceitos de adoção surgiram, e o adotando passou a ter o mesmo tratamento dado aos filhos legítimos.

A adoção constitui um ato jurídico em sentido estrito, de caráter complexo, visto que é dependente de decisão judicial para que gere efeitos. Não é negócio jurídico formado por declaração de vontade singular. Pois trata da condição de filiação, que não poderá ser revogada. É uma ação personalíssima, que não é permitida sua realização por procuração.<sup>141</sup>

Maria Helena Diniz, assim define o instituto da adoção:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre o adotante e o adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

<sup>140</sup> MENEZES, Laila. *Uniões homoafetivas*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=200>>

Acesso em: 8 ago. 2011.

<sup>141</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270.

É sabido que para a concessão da adoção é necessário preencher alguns requisitos estabelecidos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Estes requisitos já foram analisados no capítulo 2 desta monografia. Pois bem, cabe destacar que o maior de 18 anos pode adotar individualmente, dessa forma, não se encontra óbice para a concessão da adoção a uma pessoa homossexual, desde que se faça individualmente, uma vez que a sexualidade não constitui requisito para a concessão da adoção.

A esse respeito vejamos o entendimento de Luciana Faísca Nahas:

A questão da adoção por homossexuais é controvertida. Em relação a um homossexual individualmente não existem motivos para a negativa, já que há o permissivo legal da adoção por uma pessoa. A problemática existe na adoção por casais homossexuais, que indubitavelmente passa primeiro pelo reconhecimento ou não, como entidade familiar dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo.<sup>142</sup>

É incontestável de que a adoção é legitimamente consentida ao homossexual, particularmente, pois assim o Código Civil, em seu artigo 1.618, ao prevê que só pode adotar o maior de 18 anos, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 42, ao instituir que podem adotar os maiores de 18 anos, não importando o estado civil, demonstram este consentimento.

Por sua vez, conforme o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente “a adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Dessa forma, a adoção pode ser deferida a uma pessoa que ofereça condições melhores de vida a uma criança ou adolescente, independentemente de sua opção sexual. Esse é o entendimento de Taísa Ribeiro Fernandes:

Se o interessado homossexual não leva vida promíscua, se não assume medidas de confronto, o que poderia causar rejeições e constrangimentos, e se a orientação sexual do pretendente não

---

<sup>142</sup> NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual. Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 136.

representa um mal para o adotado, a adoção pode ser realizada, nenhum motivo legítimo existe para deixar a criança fora de um lar.<sup>143</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente ou o Código Civil de 2002, não apresenta qualquer proibição, manifesta ou subentendida, para que um indivíduo homossexual possa adotar. O que é fundamental é que o interessado possua idoneidade moral, mostre determinação e aptidão para admitir as responsabilidades provenientes da maternidade ou paternidade adotiva. Constatase, antes de qualquer coisa, se a providencia acata aos interesses, se esta é proveitosa, apropriada, favorável ao adotando, se acarreta benefícios para ele, e por fim se é estabelecida em causas legítimas.<sup>144</sup>

Corroborando com o mesmo entendimento a autora Viviane Girardi:

Quando o núcleo da adoção, que é o melhor interesse da criança, o qual se traduz e irradia no respeito não ao bem-estar físico e emocional, mas também numa boa ambiência social para a criança, encontra-se preenchido de maneira favorável pelo (s) pretendente (s) à adoção, torna-se secundário e desmerece maiores atenções as preferências sexuais do adotante. Conclusão esta que foi possível mediante a análise de alguns julgados sobre o assunto, os quais priorizaram a situação socioambiental da criança.<sup>145</sup>

No entanto, as divergências e as polêmicas residem quando se trata da adoção conjuntamente por casais homoafetivos, pelo fato de não existir uma lei exclusiva regulando tal questão, tanto a doutrina como os juízes adotam opiniões diversas relativamente a esse tema.

Nesse sentido, destaca Maria Berenice Dias:

A mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre os que vêem as relações homossexuais como uma expressão da afetividade, é a que diz com o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A intensa reação contra o deferimento de

---

<sup>143</sup> FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexual: efeitos jurídicos*. Editora Método. 2004. p. 106.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>145</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 147.

adoção para homossexuais apenas reflete a face mais aguda do preconceito.<sup>146</sup>

Pode-se dizer de acordo com Taísa Ribeiro Fernandes que a questão da adoção é a mais difícil e crucial em meio a todas que se referem aos direitos e deveres das pessoas que convivem em uniões homoafetivas.<sup>147</sup>

Uma parte dos doutrinadores e da jurisprudência se opõe a adoção homoafetiva, afirmando que não há a possibilidade da adoção por homossexuais embasados no artigo 42, § 2º do ECA, o qual prescreve que, para duas pessoas adotarem conjuntamente, “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Por sua vez, a Constituição, em seu artigo 226, § 3º, prescreve que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, dessa forma, não existe norma regulando a união estável entre indivíduos de sexo igual, tampouco regulamentando o casamento homoafetivo no Brasil. Sendo assim, alicerçado nestes comandos, não haveria autorização na ordem jurídica para a adoção conjunta por casais homoafetivos.

No entendimento de Melissa de Mattos Blum,

O instituto procura sempre construir uma entidade familiar e, por isso, duas pessoas do mesmo sexo não podem adotar um mesmo indivíduo, pois não conseguirão nunca imitar a posição de pai e mãe para adotarem, ainda que um deles tenha o sexo psicológico invertido.<sup>148</sup>

Conforme Taísa Ribeiro Fernandes, os que se opõem a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo, não se lembram que a maternidade ou paternidade constitui uma função que se desempenha, portanto, não está, obrigatoriamente, atrelada a sexualidade dos pais. Podendo um pai exercer a função

---

<sup>146</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 107.

<sup>147</sup> FERNANDES, op.cit., p. 111.

<sup>148</sup> BLUM, Melissa de Mattos. *Adoção homoafetiva*. Disponível em: <http://www.advogado.adv/estudantesdireito/direitodecuritiba/melissademattosblum/adocaohomoafetiva.htm> Acesso em 10/08/2011.

de pai e mãe; exemplo disso, são os filhos criados somente pela mãe, a qual desenvolve a função feminina, de mãe, e a masculina, de pai.<sup>149</sup>

Observa-se que o maior empecilho e o principal argumento colocado para a concessão da adoção a casais homossexuais é o fato destes possuírem uma opção sexual diferente, visto que, tal situação traria prejuízos ao desenvolvimento da criança ou adolescente, por identificarem em duas mulheres ou dois homens as imagens paterna e materna. Nesse sentido, avalia Rainer Czajkowski:

A objeção que em primeiro lugar avulta é a de que o adotante homossexual não é um bom referencial para o menor adotado. Esta assertiva não decorre de nenhuma impressão sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que o adotante mantém; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor. E não se diga que o homossexualismo é uma opção, a ser livremente manifestada por qualquer um. O adotante, no papel de pai (ou de mãe, se for mulher), influencia e condiciona o comportamento do adotado.<sup>150</sup>

Se assim fosse, nas famílias formadas por casais heterossexuais, não existiriam filhos homossexuais. Ademais, crê-se que o infante poderia ser alvo de piadas e sofrer constrangimentos no ambiente escolar ou no ambiente em que vive, ocasionando assim, dificuldades para a inclusão da criança do meio social.

No tocante as implicações psicológicas que crianças adotadas por casais homossexuais podem sofrer, assim se posiciona Maria Berenice Dias:

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 111.

<sup>150</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre – à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 232.

<sup>151</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Editora Livraria do Advogado. 2004, p. 124.

Para Taísa Ribeiro Fernandes, a adoção poderia achar impedimento no preceito que diz que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. No entanto, de acordo com a autora tudo se resolve quando for dada uma interpretação finalística a norma, satisfazendo, até os preceitos constitucionais da isonomia e da não discriminação por opção sexual. Dessa forma, as uniões homoafetivas, para consequência de adoção, devem ser abrangidas, se estas forem estáveis, duradouras, constituindo uma família.<sup>152</sup>

No entendimento de Maria Berenice Dias, a única oposição que também poderia ser levantada é com relação ao artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A única objeção que ainda poderia ser suscitada emerge da dicção do artigo 29 do diploma menorista: “Não se deferirá a colocação em família substituta a pessoa que se revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Porém, a priori, não se pode declarar ser o ambiente familiar inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo é incompatível para conviver com uma criança. Negar tal é postura nitidamente preconceituosa, pois as uniões homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores.<sup>153</sup>

Assim, a adoção dos infantes por uma pessoa homossexual está permitida pelas normas brasileiras, porquanto a orientação sexual do adotante, não constitui um juízo crítico que impeça a adoção. Ao contrário, pelo dever de não discriminação dado pelo direito constitucional à igualdade, não conceder a adoção devido apenas o adotante ter uma opção sexual diferente constitui discriminação que a lei veda.

---

<sup>152</sup> FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 109.

<sup>153</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 110-111.

Mesmo sendo pessoas do mesmo sexo convivendo juntos, se existir uma união verdadeira, o interesse em adotar seria legítimo, pois haveria verdadeira vantagem ao menor.<sup>154</sup>

A respeito da possibilidade da adoção conjunta por casais homoafetivos, pode-se compreender ser esta provável aos olhos da lei, por meio do emprego dos meios jurídicos de interpretação acrescidos ao conjunto legal que constitui as diversas formas de composição familiar. É imperioso que o operador do Direito defina quais os valores jurídicos a serem garantidos juridicamente, uma vez que a adoção conjunta de criança ou adolescente por um casal homossexual abarca tanto obstáculo de natureza ética e cultural como impedimentos relativos aos domínios técnicos e jurídicos a serem superados.<sup>155</sup>

Existe a possibilidade legal de conferir a adoção para um casal homoafetivo, uma vez que, no Estatuto da Criança e do Adolescente, não há ressalva pertinente à possibilidade de adoção e também não faz menção pautada à preferência sexual do adotante. Além disso, não existindo óbices, deve imperar o artigo 43 do referido Estatuto: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Não se pode impedir a convivência de crianças e adolescentes com pares homossexuais, enfim, um deles poderia pedir e alcançar a adoção e, em seguida, levá-los para habitar junto com o seu companheiro, com o qual sustenta um vínculo afetivo durável.<sup>156</sup>

Edileuza Gobbo se posiciona da seguinte maneira:

A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios, que, ao invés de ter em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 108.

<sup>155</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

<sup>156</sup> DIAS, op.cit., p. 108-109.

<sup>157</sup> GOBBO, Edileuza. *A adoção por casais homossexuais*. Revista Consulex, n. 47, 2000.

Considerando o melhor interesse do menor, os tribunais já têm se manifestado sobre essa questão da adoção por casais homoafetivos, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 889.852-RS, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão concedeu a adoção de dois irmãos biológicos a um casal de pessoas do mesmo sexo:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da

estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.<sup>158</sup>

As famílias atuais não possuem mais apenas a função de procriar, mas tem como essência o afeto que conecta pais e filhos, mesmo que entre eles não exista vínculo biológico. Sendo assim, é totalmente possível e legítima a adoção por casais homossexuais.

---

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 889.852 - RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 27 de abril de 2010.

Nessa acepção, conclui a autora Taísa Ribeiro Fernandes:

Quanto à adoção conjunta, isto é, a em que aparecem como adotantes dois homens ou duas mulheres que formam uma parceria homossexual, não vemos razão para proibi-la. Se os parceiros, ainda que do mesmo sexo, vivem em uma verdadeira união estável, dentro de um lar respeitável e duradouro, cumprindo aqueles os deveres assemelhados aos dos cônjuges e companheiros, como lealdade, a fidelidade e a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de afetos e vidas, haverá, também, legítimo interesse na adoção, não se podendo ignorar a existência de reais vantagens para o adotado.<sup>159</sup>

### 3.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, as quais tinham por objeto a interpretação do artigo 1.723, do Código Civil, conforme a Constituição Federal, a fim de que fosse reconhecida a união estável homoafetiva, que como bem destaca o Ministro Ayres Britto, relator do caso, o tratamento jurídico será conferido às relações homoafetivas “que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”

O ministro Ayres Britto fundamentou sua decisão na igualdade, liberdade, não discriminação e no princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito da igualdade o ministro destacou que Constituição não aceita, exceto expressa determinação constitucional, que a sexualidade dos indivíduos seja empregada como elemento de desigualação jurídica. Quando a Constituição pronuncia, como objetivo essencial da República, entre os demais, fomentar o bem de todos, sem preconceitos relativos à sexualidade, ela especifica “impedimento de tratamento discriminatório ou preconceituoso em virtude do sexo dos seres humanos”. Assim, de acordo com o ministro “não assiste às pessoas

---

<sup>159</sup> FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, p. 113.

heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos”.<sup>160</sup>

No decorrer de seu voto o ministro ao falar da liberdade enfatiza o seguinte:

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche.<sup>161</sup>

Liberdade que segundo Ayres Britto se realiza, sob o formato de direito à intimidade, se mentalizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do desabitado deleite e sob o formato de direito à privacidade, se a imaginação já acontecer pela perspectiva do intercurso ou associado deleite.

Outro fundamento utilizado pelo ministro diz respeito à dignidade da pessoa humana. Estabelecido nesse princípio o planejamento da família é de livre deliberação do casal incumbindo ao Estado proporcionar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito, proibida qualquer forma impositiva por parte de organizações oficiais ou privadas. Relaciona também a dignidade da pessoa humana com a opção sexual das pessoas, nesse sentido:

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.*

<sup>161</sup> *Ibidem.*

<sup>162</sup> *Ibidem.*

De acordo com Ayres Britto a Constituição Federal não estabeleceu qualquer diferença na forma de constituir uma família, portanto não há um conceito fechado e imutável de família, tampouco um modelo a ser seguido. Consoante o ministro, a família, em seu entendimento, é o núcleo íntimo, não importando se esta é composta por casal de sexo oposto ou igual.<sup>163</sup>

Para o ministro deve ser afastada a interpretação que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não podendo tal união ser considerada apenas como simples sociedade de fato.<sup>164</sup>

Ayres Britto afirmou ainda, que o silêncio constitucional seria proposital, nesse sentido, “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”.<sup>165</sup>

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e, segundo o ministro percebida como sinônimo de família, desde que tal união obedeça aos critérios de continuidade, publicidade e durabilidade. Conclui o ministro que o “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva”.<sup>166</sup>

Acertada foi tal decisão, uma vez que não há vedação implícita ou explícita na Constituição Federal, que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, claro observando os critérios de união contínua, pública e durável. Não compete ao Estado interferir ou regular as orientações sexuais das pessoas, mas tão somente resguardar os direitos decorrentes de qualquer relação familiar, seja ela heterossexual ou homossexual.

---

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e a ADPF 132*. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

## CONCLUSÃO

É sabido que o Direito surge dos acontecimentos sociais, das relações entre os indivíduos. Exatamente por isso, o Direito tem o dever de perseguir o desenvolvimento dos costumes e as incessantes mutações dos valores e da moral. Esta monografia buscou tratar um desses desenvolvimentos, qual seja as relações homossexuais, notadamente a adoção conjunta por homoafetivos, pois embora presentes no meio social desde a Antigüidade, cada vez mais se tornam manifestas e corriqueiras, reclamando assim, uma proteção jurídica efetiva, para que possam exercer os mesmos direitos dos casais heteroafetivos.

Conforme visto na presente monografia, no Estatuto da Criança e do Adolescente não há impedimento para a concessão da adoção a casais formados por pessoas do mesmo sexo. O que deve ser observado, não é a orientação sexual dos adotantes, mas as condições sociais, éticas, psicológicas e financeiras. Isto deve ser aplicado igualmente para os indivíduos heterossexuais e para os homossexuais.

Na Constituição Federal, a regra do artigo 226 e seus parágrafos são interpretados como norma aberta, não restringindo os tipos de entidade familiar. Dessa forma, não exclui as uniões homossexuais. Neste caso, em homenagem ao princípio da igualdade as uniões homoafetivas não podem ter tratamento diferenciado, concedendo-se alguns direitos e limitando outros. A Constituição federal veda totalmente a discriminação, seja ela qual for, quando enuncia que todos são iguais perante a lei.

Conclui-se também que as transformações ocorridas na família ao longo do tempo alargaram ainda mais o exercício da liberdade de seus membros, substituindo o caráter autoritário da família clássica para um exemplar familiar que aviva a democracia familiar.

Tanto na Constituição quanto nas leis presentes o princípio da liberdade proporciona dois caminhos fundamentais, a liberdade das entidades familiares perante a coletividade e o Estado e a liberdade de seus componentes

perante os demais e perante a entidade familiar. A liberdade se concretiza na composição, sustentação e na cessação da entidade familiar, na programação familiar que é deliberação espontânea do casal, sem ingerência do Estado. Considerando que a família se desprende de seus papéis tradicionais, não tem porque o Estado controlar deveres que limitam intensamente a liberdade, as relações íntimas e a vida particular dos indivíduos, quando não refletem no interesse coletivo.

A adoção por homoafetivos ainda é considerada uma grande barreira na sociedade brasileira, especialmente no que diz respeito à adoção por pares homoafetivos. Contudo, as famílias derivadas do afeto e que evidenciam o convívio de forma pública, sucessiva e duradoura, precisam ser reconhecidas como entidades familiares.

Os tribunais já demonstram avanços nas questões relacionadas a união homoafetiva e as implicações que delas decorrem. O pensamento começa a mudar também em relação a possibilidade de um casal homoafetivo adotar uma criança ou adolescente, pois nestes casos o que deve ser observado é a superioridade dos interesses da criança ou adolescente sobre quaisquer outros. É necessário harmonizar a atuação jurisdicional com os progressos sociais, para adiante do egocentrismo ou do preconceito.

Vimos que por meio do Recurso Especial 889.852-RS, foi deferida a adoção a um casal homoafetivo, tal decisão é de extrema importância àqueles casais homoafetivos que esperam e almejam adotar uma criança, pode-se dizer que é uma grandiosa conquista. Através da concessão da adoção, consolidam-se direitos atinentes a alimentos, direito sucessório, entre outros, com relação as duas pessoas que adotam e não apenas em relação a uma delas.

A respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a a união estável, esta decisão também é uma vitória aos casais homoafetivos, mostra a abertura do pensamento e do entendimento de uma parte da sociedade. É certo que para estes casais exercerem todos os direitos de uma união estável entre homem e mulher é

necessário percorrer ainda alguns caminhos. No entanto, essa decisão representa uma convocação para o Poder Legislativo regulamentar a união civil de casais homoafetivos e suas conseqüências, pois diante de tal decisão o Legislativo não pode simplesmente cruzar os braços e vendiar os olhos.

Entretanto essa decisão não delimitou claramente os direitos que poderão ser exercidos por casais homossexuais, como por exemplo, a adoção, porém há que se observar que uma vez reconhecida a união estável homoafetiva, não há razão para a concessão de alguns direitos e a negativa de outros. É uma decisão histórica que reflete o momento social que estamos vivendo com novos conceitos. A sociedade evoluiu assim, as leis também precisam evoluir e acompanhar a sociedade.

Não há como negar que as discussões a respeito dos direitos dos homossexuais infelizmente não terminaram no Supremo Tribunal Federal, e certamente voltarão ao plenário do tribunal.

A partir do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, passa a existir um direito legítimo em realizar a adoção de crianças e adolescentes, por estes casais. Uma vez reconhecida a união estável homoafetiva, os direitos correspondentes a uma união estável de pessoas de sexos diferentes devem ser estendidos aos homossexuais, incluindo a adoção. Pois, o não reconhecimento das uniões homossexuais como entidade familiar era o grande entrave para deferir a adoção conjunta a pessoas do mesmo sexo.

A família atualmente é baseada na afetividade, e não é mais formada apenas pelo casamento. O afeto é o núcleo das entidades familiares, sendo assim as uniões homoafetivas configuram uma entidade familiar. E, portanto, se assim são configuradas, um casal formado por pessoas do mesmo sexo possuem legitimidade para adotar uma criança ou adolescente, não cabendo o Estado intervir negativamente, mas tão somente garantir os direitos das uniões homoafetivas, que se mostrem continua, pública e durável.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e sexualidade*. Coordenação Tereza Rodrigues Vieira. São Paulo: Editora jurídica brasileira, 2004.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei nº. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Revista de jure*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, jan/jul, v.8, n. 39, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mais iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 01 set 2011.

BLUM, Melissa de Mattos. *Adoção homoafetiva*. Disponível em: <http://www.advogado.adv/estudantesdireito/direitodecuritiba/melissademattosblum/docahomoafetiva.htm> Acesso em: 10 ago 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei Nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AgRg na MC 15.097/MG*, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.03.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 889.852 – RS*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 27 de abril de 2010.

CHAVES, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre – à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito de famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de Afeto: Um nome para a família*. Revista Brasileira de Direito de Família, 2004.

\_\_\_\_\_. *Homoafetividade: o que diz a justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice, organizadora. *Direito das famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Homoafetividade e o direito à diferença*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=327>> Acesso em: 8 ago. 20011.

\_\_\_\_\_. *Conversando sobre homoafetividade*. Editora Livraria do Advogado. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 5: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais: efeitos jurídicos*. Editora Método. 2004.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2001.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O código civil e o novo direito de família*. Editora Livraria do Advogado. 2004.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A união civil entre pessoas do mesmo sexo*. Revista de Direito Privado. n. 02, abril-junho 2000.

GOBBO, Edileuza. *A adoção por casais homossexuais*. Revista Consulex, n. 47, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>, Acesso em: 25 ago de 2011.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 02 set 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOUZADA, Ana Maria. *Direito das famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. Maria Berenice Dias organizadora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENEZES, Laila. *União homoafetivas*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=200> Acesso em: 8 ago. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. In: Revista trimestral de Direito Civil nº 01.89-112.200

NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual. Proteção constitucional* Curitiba: Juruá, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Editora, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado; Esmafe, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=173&ru=Direito>. Acesso em: 2 ago 2011.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 maio 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006.