



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSEANY LIMA SOUZA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO
HOMOAFETIVA**

Brasília

2012

JOSEANY LIMA SOUZA

A POSSIBILIDADE JURIDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIAO
HOMOAFETIVA

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília. Orientador: Júlio Cesar Lérias
Ribeiro

Brasília
2012

JOSEANY LIMA SOUZA

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIAO
HOMOAfetiva

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília. Orientador: Júlio Cesar Lérias
Ribeiro

Brasília, 05 de outubro de 2012

Banca Examinadora

Orientador: Júlio Cesar Lérias Ribeiro

Examinador I

Examinados II

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pelas oportunidades para o desenvolvimento desta pesquisa.

Agradeço também aos meus pais Romilda e José Eurípedes, por seus incentivos e cujos seus enormes sacrifícios possibilitaram a minha educação, aos demais familiares e amigos que estavam sempre presentes nesta etapa de minha vida.

Agradeço ao Professor Júlio Cesar Lérias Ribeiro pela indispensável orientação em prol da realização deste trabalho.

Agradeço, finalmente, a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste estudo.

RESUMO

O tema da monografia é a possibilidade jurídica da adoção por casais em união homoafetiva, tendo por objetivo a demonstração das controvérsias acerca do assunto, uma vez que há possibilidade legal, pela incompletude do ordenamento de um casal homoafetivo adotar conjuntamente, mas ainda há uma polêmica discussão sobre o assunto. A análise das legislações pertinentes ao tema permite que se encontrem argumentos favoráveis e contrários ao deferimento do instituto adotivo. Visto em análise jurisprudencial, vem conferindo o direito de adotar aos pares homoafetivos. Se faz mister a análise de cada caso concreto, levando sempre em conta o melhor interesse da criança, não se esquecendo dos princípios constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e o da não-discriminação.

Palavras-chaves: Adoção. Homoafetividade. Possibilidade jurídica. Melhor interesse da criança. União homoafetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	9
1.1. DIREITO DE FAMÍLIA: VISÃO ATUAL.....	9
1.2 A ADOÇÃO: GENERALIDADES	15
1.3 A ADOÇÃO E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA	20
2. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ..	23
2.1A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	23
2.3 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	32
2.4 CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO.....	37
3. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DE CASOS DE ADOÇÕES POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA.....	38
3.1 JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS Á HIPÓTESE DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA	39
3.1.1 STJ. Quarta Turma Cível. Recurso Especial nº 889852/RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão.	39
3.1.2 TJSP. Câmara Especial. APC- 000484-79.2011.8.26.0457. Rel. Des. Claudia Grieco Pessoa, j. 23/07/1011.....	44
3.2 JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL Á HIPÓTESE DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA	48
3.2.1 TJDF. 3º Turma Cível, APC-20090610064258. Rel. Des. João Batista Teixeira, j. 23/11/2010.	48
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar os aspectos jurídicos da possibilidade do instituto da adoção, especificamente a por casais que vivem em união homoafetiva. Será analisada a possibilidade jurídica da adoção diante da ausência das normas expressas, regulando o instituto, colocando em debate os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, verificando-se os reflexos e efeitos do deferimento desta adoção homoafetiva.

A abordagem passará por direito de família no que diz respeito à adoção e aos direitos da infância. A problemática que se desenvolverá é no sentido de tentar verificar se a homossexualidade constitui impedimento para o deferimento da adoção conjunta aos parceiros em união homoafetiva.

A escolha do tema tem a sua justificativa pessoal, quando se considera a situação de casais homoafetivos que têm o desejo de adotar, mas encontram dificuldades pela visão conservadora da sociedade. A justificativa jurídica para a escolha do tema encontra fundamentos quando se verifica que de um lado se encontra o direito de adotar, tendo em vista não haver nenhuma objeção legal, destacando o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual busca a satisfação do indivíduo, o princípio da igualdade e o da não-discriminação. Por outro lado tem o princípio do melhor interesse da criança, sendo o norteador do Estatuto, resguardado também pela Constituição da República. Difícil missão é encontrar o conceito e a situação que se enquadra como melhor interesse desse sujeito em desenvolvimento. Identifica-se a importância jurídica do tema, com foco no conflito entre princípios constitucionais, com o intuito de se verificar qual é direção do ordenamento jurídico sobre esse assunto.

Ao problema proposto colocar-se-á a hipótese afirmativa confirmando ao desenvolvimento do texto, nos capítulos desta pesquisa.

O primeiro traçará as noções gerais sobre o instituto da entidade familiar e adoção, para que seja possível entender as relevantes modificações ao longo de seus efeitos. Procurar-se-á traçar uma visão inovadora sobre a adoção, tratando de suas generalidades como possíveis conceitos no direito de família propriamente dito

não podendo esquecer a adoção e a família homoafetiva. Será feita uma demonstração das modificações relativas tanto ao instituto da adoção como da homoafetividade como entidade familiar.

O segundo mostrará considerações sobre a incompletude do ordenamento jurídico e seus dispositivos legais. Uma demonstração da legislativa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, verificando as previsões constitucionais que tratam do assunto, ressaltando a doutrina da proteção integral em nosso sistema com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as legislações infraconstitucionais e ainda Convenções sobre o referido assunto. Apresentado os princípios e as características gerais da adoção, suas principais definições, analisando ainda as limitações legais aos direito de adotar, como também, os requisitos quanto ao adotante e algumas características da natureza jurídica do instituto e seus efeitos, vislumbrando alguns aspectos sobre o perfil do adotado e as restrições ao instituto, como também a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção.

No terceiro será levantada a jurisprudências favoráveis e desfavoráveis a problemática sobre o conflito da possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, conforme a ausência de vedação legal à adoção por parceiros homoafetivos e o melhor interesse da criança, analisando-se o preconceito social, as justificativas encontradas para a concessão da medida protetiva e as justificativas para o não deferimento do instituto. Abordando também, a corrente jurisprudencial que vem modificando esse paradigma, sendo importante nessa nova visão que surge referente ao instituto, deferindo adoção à casais homoafetivos conforme o caso concreto em face do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando a visão preconceituosa e passadista de lado e atentando para esta realidade que se amplia cada dia mais.

A metodologia de abordagem utilizada no trabalho é a técnica de pesquisa do tipo documental e bibliográfico, analisando basicamente as doutrinas específicas sobre o tema e alguns artigos publicados em periódicos e na internet.

Destacar-se-á que este não é um trabalho específico sobre homossexualismo, a ideia aqui é apenas verificar em face dessa questão a possibilidade de adoção justificando junto aos princípios constitucionais.

1. ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. DIREITO DE FAMÍLIA: VISÃO ATUAL

As origens da família, sobretudo da natureza patriarcal, governada pelo pai, alias pelo poder pátrio, segundo o modelo greco-romano, chefiado pelo pai, este era chefe supremo, dotado de poderes extraordinários, de vida e morte sobre a mulher, filhos e demais membros daquela entidade. Partindo assim do princípio irrefutável, ou seja, da lei natural de que a família é a cédula básica de toda e qualquer sociedade, independentemente das origens culturais, desde as mais primitivas.

A família passou por uma série de transformações, através dos séculos, dentre diferentes povos, sofrendo influências políticas, religiosas, sociais, econômica dentre várias outras.

Desta ou de qualquer outra forma, o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e desmarcar o seu limite, especialmente para fins de direito¹.

Não mais predomina hoje aquele entendimento em que rogava a algumas décadas atrás, os desencontro de casais e as conseqüentes extinção das uniões mostram-se tão acentuados que adquirem uma compreensão sem a menor admiração ou estranheza, a ponto se serem considerada situações perfeitamente normais.

A importância familiar em qualquer sociedade tem total proteção do Estado, podendo considerar-se integrado ao direito público no sentido amplo², sendo assim entramos num vastíssimo campo de incidência de situações consideradas não normais, que aumentam à medida que tornam mais complexas as relações interindividuais, dissipam assim os princípios éticos e morais de fidelidade e de união.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997 p. 14.

² RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011 p.15.

O conceito de família vem sido totalmente renovado em face das alterações ocorridas no modelo familiar baseando na tradicionalidade dos vínculos familiares novos existentes. A sociedade passou a exigir pessoas mais tolerantes e, por se sentirem mais livres, partiram em busca dos sonhos de felicidade, fora do contexto familiar distanciando assim da estrutura convencional do casamento³, surgindo assim famílias diferenciadas.

Estas famílias, muitas vezes denominadas de substitutas, foram instituídas por Lei⁴, ou seja, aquela que como a própria expressão indica, se destina a ocupar o lugar na família considerada legítima ou natural.

Desta forma não se pode deixar de lado a presença do forte elo de afetividade que gera a entidade familiar merecedora de proteção constitucional e de abrigo⁵.

No sentido atual, a família ou entidade familiar, considera-se a comunidade formada de seus pais e seus descendentes, ou seja, constitui família o grupo de pessoas integrado por um dos pais e pelos filhos e demais descendentes.

De modo, afastam-se os conceitos familiares que colocam os seus membros numa posição de subordinação a um chefe, dada a igualdade hierárquica entre homem e mulher no grupo fechado⁶. Há consideráveis mudanças nas relações familiares, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o conceito afetivo que o mero convívio.

Na medida em que evoluem os tempos, o ser humano, de forma geral, altera seus hábitos e se desapega de velhos conceitos e princípios herdados dos antepassados⁷.

A evolução do conceito de família consagra realidades familiares que se somam às tradicionais, marcadas por excessivos formalismos e discriminações, impondo renovados valores. A família ao se transformar passou a ser representada pela convivência, mesmo quando regulamenta a união estável como entidade familiar, as famílias monoparentais identificadas constitucionalmente, após a

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997 p. 393.

⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 – Artigo 28 A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

⁵ PEREIRA. Op. cit. p.607

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Belo Horizonte: DelRey, 2000. P.21.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011 p.15.

efetivação do divórcio e anteriormente pela viuvez, refletem efetiva conquista nos rumos de reconhecimento de novos núcleos familiares e de possibilidades de relações de afeto, gerando conjuntamente, inclusive direitos patrimoniais⁸.

Dentre esses avanços, não podemos ignorar as pessoas que agrupam em ditas comunidades religiosas, missionárias ou até mesmo ideológicas, com objetivos comuns ou até mesmo com finalidade de sobrevivência e autossuficiência⁹.

O homem, no contexto familiar, vem reformulando, a cada dia, suas funções, acompanhando e participando cada vez mais do desenvolvimento¹⁰ familiar como um todo, principalmente em relação à educação dos filhos. A mulher, por sua vez, que guarda em si a especial prerrogativa da maternidade, no entanto, está cada dia mais dividida nos afazeres no âmbito da realização pessoal no trabalho e em várias ocasiões domésticos, mesmo que com menos frequência. Desta forma a entidade familiar moderna se confunde ou em algumas ocasiões ausente a divisão de poderes econômicos e disciplinares sobre os descendentes.

No contexto familiar, convivendo e desconvivendo na comunidade, crianças, adolescentes, jovens e demais membros da família, inclusive os idosos devem ser reconhecidos por sua importância social na comunidade, exigindo projetos sociais que estimulem a preservação dos vínculos familiares e promovam, alternativamente, programas de colocação em famílias substitutas.

Devemos, portanto considerar primordialmente que qualquer análise de convivência familiar deve passar essencialmente pela integração entre seus membros e com o grupo social, reconhecendo os valores que representem sua totalidade e continuidade.

A doutrina jurídica estabelece uma forte ligação entre o Direito romano e o constituído Direito brasileiro, tanto pela religião que dominou por mais tempo ser romana, como também elementos básicos da estruturação da família como unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade hierárquica¹¹, tendo esta estrutura mesmo depois de várias modificações, ou seja, modernizações perduradas até nossos tempos.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 75

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011 p.4

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2004 p.635.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais p.29

Uma família ou entidade familiar constrói a realidade através da convivência e da história compartilhada de seus membros integrantes e caberá ao Direito, diante de tantas novas realidades¹², criarem proteção às lacunas visando especialmente às pessoas na fase de desenvolvimento e sua liberdade perante educação, economia, religião, escolha de domicílio, decisões quanto à conduta e costumes internos.

No entanto a liberdade vai até onde ofendidos os princípios superiores e constitucionais, como os relativos à obrigatoriedade do ensino dos filhos, à proibição de práticas ofensivas¹³ à moral, a abstenção de atitudes públicas inconvenientes.

Dentro do âmbito da autonomia, não podemos deixar de destacar a educação dos filhos, sem deixar de relatar sobre o planejamento familiar, pelo qual os pais competem a decidir sobre a prole, não havendo limitação à natalidade.

Desses conceitos de “famílias não podem ser excluídos os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que, com a denominação de uniões homoafetivas”¹⁴, vem sendo cada vez mais comum e reconhecida pelo Estado nos últimos tempos.

Sendo assim o afeto é um dos elementos, indispensável, para a identificação das entidades familiares, esse mesmo sentimento serve como parâmetros para a definição de possíveis vínculos parentais¹⁵, contudo tornando a filiação sócia afetiva em várias situações sobreposta à biológica.

A maior visibilidade, distanciando de conceitos antigos, e a possível aceitabilidade das famílias homoafetivas, no qual tornam impositiva a importância do elemento afetivo e do estabelecimento do vínculo jurídico, ainda que estes sejam duas mães ou dois pais¹⁶.

É interessante observar que no estudo sobre Direito de família, sempre esteve estritamente ligado a o casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo antigos vínculos de oficialidade dado pelo Estado, ou pela religião. Contudo nos dias de hoje temos o distanciamento desses conceitos, o casamento e a família, como algo cada vez mais distinto e não se confundindo.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2004 p.634

¹³ Idem, p. 641.

¹⁴ Expressão cunhada pela autora na obra intitulada *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Disponível em: (<http://www.mariaberenice.com.br/pt/filiacao-homoafetiva.cont>) Acessado em:01/09/2010

¹⁵ PEREIRA, Op. cit. p. 395

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2004 p.369

De outro lado temos a família como um fato natural, não algo derivado de um contrato, como é enquadrado à natureza jurídica do casamento, como tal, verificamos que o fato importa para a criação da família, sendo este um aspecto volitivo¹⁷, observando assim apenas o cumprimento da lei, que exige forma especial e própria para a consolidação do ato.

Deparamos desta forma novamente com a entidade familiar atual, que por sua vez independe da celebração do casamento, bastando o afeto e a convivência para que assim caracterizada a família, mesmo que substitutiva ou diferenciada.

Desta forma temos a proteção do Estado à família como um conceito amplo, não só com um contrato solene, mas também, a constituição de grupos apenas por vontade, sendo algo natural, duradouro e prazeroso para o ser humano.

Numa visão moderna é, portanto, é cada vez mais difícil à definição exata de família, como demonstrado depende de fatores distintos para cada caso, tendo, efeitos inesperados e muitas vezes inexplicáveis, e cada vez mais difícil de mensurar.

Não podendo também deixar de lado os princípios básicos que norteiam o direito de família como um todo, como de sua concepção até os dias atuais, sendo estes de extrema importância para o melhor entendimento sobre a formação e mudança da entidade familiar.

O maior princípio, fundante do Estado Democrático de Direito¹⁸, do direito de família e o da dignidade da pessoa humana, sendo este relativo à preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social, sendo que a dignidade humana é consagrada pelo constituinte como valor nuclear da ordem constitucional. A dignidade é um macro princípio sob qual estão contidos inúmeros princípios e valores como exemplificado a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade¹⁹. Sendo, portanto uma coleção de princípios éticos.

A liberdade e a igualdade foram os primeiros direitos a serem reconhecido como direitos humanos fundamentais, sendo estes princípios-chaves²⁰, integrando a

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997 p. 39.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais p.32.

¹⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte. Del Rey. 2005 p. 94.

²⁰ Idem, p. 140.

primeira geração de direitos a garantir o respeito e a dignidade. Sendo este o princípio da liberdade.

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos principais princípios, muitas vezes denominados de chaves para a organização jurídica em especial para o Direito de Família, sem os quais não há de falar em dignidade de sujeito de direito e conseqüentemente não a justiça. Portanto sendo este um dos sustentáculos do Estado democrático de Direito.

Ao gerarem recíprocos e variados deveres entre os integrantes do grupo familiar, sendo estes de acordo com a Carta Magna²¹, assim, na ordem jurídica, as pessoas integrantes de uma família são, em regra, reciprocamente credoras e devedoras de alimentos. Integrando assim o princípio da solidariedade familiar.

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecida como a única base da sociedade, aumentou o espectro de família, que trouxe inovações ao romper com o modelo familiar fundado unicamente pela celebração do casamento, conformes costumes, temos, no entanto a concretização do princípio do pluralismo de entidades familiares, que é a varia existência de arranjos familiares²², como uniões extramatrimoniais, uniões homoafetiva entre outras.

De outro modo, temos a proteção de um membro de extrema importância dentro das unidades familiares, sendo não um dos princípios de recomendação ética, e sim de diretrizes determinantes nas relações de crianças e adolescentes com seus pais. Enfatizando maior proteção aos de maior vulnerabilidade e fragilidade, e que mais necessitam de cuidados especiais, fazendo serem destinatários de tratamento especial. Caracterizado o a consagração do princípio de prioridade absoluta o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes²³.

Com as transformações sociais, a família também se modificou e caminhou na divisão de funções em razão das capacidades individuais. Ao serem reconhecidas as uniões estáveis, que constituem sem o selo do casamento, como entidade familiar merecedora da tutela jurídica, tal significa que o afeto, que une uma

²¹ Constituição Federal, Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) acessado em: 01/05/2012.

²²CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte. Del Rey. 2005. p.165.

família formada de duas ou mais pessoas, adquirindo posteriormente reconhecimento e inserção no sistema jurídico²⁴. O princípio da afetividade, que faz a prevalência da igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais²⁵.

O elemento de importância inestimável na formação de uma entidade familiar é o afeto, a família atual passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que com o passar dos anos adquiriu uma importância secundária²⁶. A presença da afetividade é decisiva e também justificadora para a constituição e subsistência de uma entidade familiar, tendo como frutos a boa convivência entre seus membros e futuros bons cidadãos.

1.2 A ADOÇÃO: GENERALIDADES

A adoção é um instituto milenar, que era conhecido dos povos da antiguidade, em sua origem mais remota tem sentido religioso, consistente no dever de perpetuar o culto doméstico. Era o último ato que possibilitava evitar a desgraça representada pela morte sem descendentes²⁷.

Percebe-se que o instituto da adoção tinha precípua finalidade religiosa. Os textos bíblicos relatam casos de adoção. No Brasil temos ordenamentos antigos a que regulamentam o ato de adotar, propriamente dito, sendo que até a independência, as Ordenações Filipinas²⁸, foi a primeira legislação a tratar que se refere à adoção.

Contudo, este ordenamento nada mais é que, o rompimento de laços biológicos recíprocos que foi estabelecido na concepção, por uma força ficção, denominada pelos romanos "*fictio idem operatur in casu ficto quod veritas in casu vero*" hoje advinda de lei brasileira, o adotante passa, por força dessa ficção jurídica, a ser pai do adotado, como se este tivesse sido concebido por aquele²⁹.

²³CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte. Del Rey. 2005. p. 127.

²⁴ Idem, p. 129

²⁵ Ibidem. p. 179.

²⁶ Ibidem, p. 181.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Direito de Família. São Paulo Editora: Saraiva, 1993, V. 6 p 344.

²⁸ MENDES, Cândido. Ordenações filipinas on-line. Disponível em: (<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>). Acesso em: 23/05/2010.

²⁹ SZNICK, Valdir. Adoção. São Paulo. Editora: Universitária de Direito LTDA. 1999. p. 66

Podendo esta ser definida como um ato jurídico pelo qual o vínculo familiar é efetivado, em virtude do próprio ato³⁰, assim, é uma simples concepção de dar um futuro melhor e uma vida digna a um ser humano, colocando-o sob o manto protetor de um lar, e suprimindo suas necessidades básicas.

Na busca do conceito de adoção, a maioria dos autores procura destacar a criação de um vínculo especial de parentesco, chamando-o de civil, para distingui-lo do natural. Não havendo um consenso, nem unanimidade entre autores, na definição da adoção³¹.

Com a adoção a família substitutiva ganha um filho, dedicando a este amor e afeto como se natural estivesse o constituído, que nos dá à clareza de afirmar que reside na adoção a solução do problema dos casais que não conseguem ter filhos³².

A adoção por ser um ato de afetividade, não pode ser subordinada a qualquer forma de condição ou de termo. Solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados, formando famílias monoparentais, e casais que já tenham filhos independente de serem adotados, podem adotar, até mais de uma vez. Não há exigências legais sobre quantidade de criança a serem adotadas por um pessoa ou casal³³.

Em relação ao adotado, este torna-se filho legítimo com se biológico fosse, sendo que não desaparecem totalmente os laços com a família, pois permanecem os vínculos de impedimentos matrimoniais³⁴.

A adoção é uma palavra utilizada com muita frequência no Direito, mas que não tem sentido equivoco. Induz sempre a ideia de aceitação de uma criança como filho. Não há tratamento jurídico igualitário³⁵.

Pode-se afirmar que a relação jurídica da adoção é horizontal, na medida em que a igualdade entre as partes é observada, sendo desta forma obedecidos os princípios da igualdade entre os filhos.

O ato de adotar esta subordinada aos requisitos para que este se torne válido, essas características peculiares formam a estruturação jurídica da adoção estatutária e serão reunidas segundo uma forma sistemática.

³⁰ SZNICK, Valdir. Adoção. São Paulo. Editora: Universitária de Direito LTDA. 1999., p. 63.

³¹ SILVA FILHO, Artur Marques da. O Regime Jurídico da Adoção Estatutaria. Editora: Revista dos Tribunais. 1997 p.57.

³² SANTINI, José Raffaelli. Adoção e Guarda. Belo horizonte. Editora: DelRey. 1996 p.55.

³³ Idem p 55

³⁴ Ibidem, p.57

A capacidade para adotar é de idade maior que dezoito anos, sendo que exista uma diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado, sendo que este ato gera obrigações para ambos. A diferenciação de idade visa a não confusão da finalidade da adoção, evitando assim adoções por motivos escuros, onde se procura mascarar o amor paternal o que seria na verdade interesse sexual³⁶.

Com a adoção informa-se a respeito das circunstâncias e verificam-se as vantagens para a criança e o adolescente, de forma a garantir o seu desenvolvimento como pessoa, havendo qualquer conflito onde envolva uma criança, o interesse dela ou de adolescente, deve ser priorizado os interesses deles³⁷.

A adoção por sua vez, cria um novo estado de coisa, de direitos e obrigações tanto para o adotante como para o adotado e de imediato rompe um parentesco e cria um novo, através da sentença constitutiva, após seu trânsito em julgado, o adotando romperá todos os vínculos jurídicos com sua família consanguínea, estabelecendo novo parentesco com a família substitutiva.

Rompidos os vínculos com a família biológica, permanece apenas em relação a elas os impedimentos matrimoniais, desta forma coíbe-se o casamento de pessoas próximas ligados por laços de parentesco, em especial os de linha reta.

Uma vez efetivada a adoção, por conta do princípio da isonomia na filiação, o adotado utilizará o sobrenome do adotante em razão de sua condição, agora, de filho.

Não tendo sentido, portanto a permanência a continuidade do nome dos pais naturais e de seus antecedentes, se a propósito da adoção, é criar um novo vínculo parental³⁸.

A modificação do prenome, por outro lado, como exceção, a pedido do adotante, é questão que assume índole de natureza jurisdicional, isto é, facultou-se ao juiz, a discricionariedade para aferir, em cada caso particular, a convivência de alteração.

O estágio de convivência é essencial para a concepção da adoção, e nela que se observam os princípios e os objetivos das partes em questão, sendo este o

³⁵SILVA FILHO, Artur Marques da. O Regime Jurídico da Adoção Estatutária. Editora: Revista dos Tribunais. 1997 p.63.

³⁶SANTOS, Ozéias J. Adoção no Novo Código Civil. São Paulo. Editora: Vale do Mogi. 2003 p.25.

³⁷Idem. p.53.

período de avaliação da nova família, o qual é acompanhado por técnicos do judiciário, aferindo a adaptação positiva ou negativa do adotante e adotado.

Um dos pontos fundamentais da adoção é a convivência familiar e comunitária, quer seja família natural quer seja a que chama de família substituta, que é a obtida através da guarda, tutela e adoção³⁹.

Esta avaliação tem a finalidade de verificar no seio familiar o resultado desta convivência, pois é somente convivendo que se conhece mais acuradamente as pessoas, pois o adotado tem necessidade de ser adotado, mas pode mascara seu comportamento. Mesmo sendo criança, o que será revelado quando estiver convivendo com o adotante. Dessa forma o adotante pode demonstrar no tribunal caráter ilibado, mas pode ser um tirano domestico o que também se objetiva verificar neste essencial período de convivência.

Embora o estágio de convivência não esteja especificado, tem-se adotado a praxe de trinta dias, que é um período muito pequeno. Mas deve-se contar com boa vontade dos técnicos d juízo, estendendo tal período de acordo com as necessidades de adaptação de adotante e de adotado. Até que o vínculo afetivo se mostre fortalecido⁴⁰.

Esse tempo de convivência destaca-se pela importância da adaptação, por ser a finalidade a ser alcançada por esta futura família. O estágio de convivência é um período temporal que se consolida à vontade de ambas as partes. Assim sendo, terão o juiz e suas auxiliares condições de avaliar a conveniência consolidada da possível adoção. O juiz quando possível poderá dispensar este estágio no caso em que ele for irrelevante para a vontade de uma das partes como no caso do adotado tiver idade inferior a um, já que a adaptação não necessita de acompanhamento⁴¹.

A adoção sempre será feita por meio de processo judicial, inclusive os maiores de dezoito anos, não existindo, portanto mais a modalidade de adoção por escritura pública ou qualquer outro meio.

O tutor ou curador por causa do contato direto que mantém com o tutelado ou curatelado, o vínculo afetivo, na maioria das vezes estabelece laços fraterno filial,

³⁸SILVA FILHO, Artur Marques da. O Regime Jurídico da Adoção Estatutaria. Editora: Revista dos Tribunais. 1997 p. 166.

³⁹SZNICK, Valdir. Adoção. São Paulo. Editora: Universitária de Direito LTDA. 1999 p. 171.

⁴⁰SANTOS, Ozéias J. Adoção no Novo Código Civil. São Paulo. Editora: Vale do Mogi. 2003 p. 37.

⁴¹RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011 p. 467

permite-se que a adoção estabeleça. Para que não haja óbices para isso, o *múnus* deve ser exercido corretamente, ou seja, que as contas sejam prestadas.

Esta deve ser no sentido de dar amor e proteção e não servir-se deste instituto para encobrir que deixou de exceder suas responsabilidades⁴².

Na adoção individual, unilateral ou singular, quando o adotante não é casado ou não matem união estável, os requisitos pessoais e as proibições já examinadas são aplicáveis, independente do estado civil, mantida a diferença de idade⁴³.

Assim, afastando o requisito casamento, demonstra sensível avanço na direção de ampliar as possibilidades de adoções. Em relação a pessoas viúvas, também, não se verificam restrições, dado o regime jurídico liberalizante.

O ordenamento jurídico não contempla hipóteses de inexistência, de nulidade ou anulabilidade da adoção⁴⁴.

Adoção nos moldes legal é irrevogável, contudo quando sentenciado a adoção, só poderão ser destituídos por ordenamento do Processo Civil, e jamais elementos identificadores como a vontade. As mortes dos pais que efetivaram a adoção não reestabelece vinculam com a família biológica. Em alguns casos quando preenchidos requisitos podem ser adotados novamente⁴⁵.

A declaração de vontade é à base de todos os atos jurídicos. Se o presuntivo adotante expressa negativa, a sentença, que a constitui poderia esta criando outra figura, não dando existência a adoção. O erro eventual sobre o requisito substancial, à vontade, acarretaria a sua desfiguração pela inexistência da adoção, não a nulidade do ato.

Da mesma forma que a vontade é necessária ao ato jurídico, as pessoas naturais são indispensáveis à existência da adoção. Por isso não aceita adoção por pessoas jurídicas, a despeito de a adoção está abandonando a ideia original.

A adoção estatutária só se forma por sentença judicial levada ao registro civil. O escrito que não revisa a forma imperativa da lei não da existência à adoção. Neste intuito a sentença é substancia do ato⁴⁶. Quando pretendido este requisito essencial, a figura jurídica deixa de ter existência.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.27.

⁴³ SILVA FILHO, Artur Marques da. O Regime Jurídico da Adoção Estatutária. Editora: Revista dos Tribunais. 1997 p. 91.

⁴⁴ Idem, p.207

⁴⁵ RIZZARDO, Op. Cit. p.470

⁴⁶ SILVA FILHO, Op. Cit. p.209.

Como já dito anteriormente, a adoção depende da vontade. Esta deve ser manifestada de forma livre e consciente. A ausência de liberdade plena pode derivar de coação, física ou moral. Na primeira há completa falta de vontade e, na segunda, existe vontade, porém não é livremente manifestado. Nas duas modalidades de coação, a relação constitutiva de adoção poderá ensejar anulação.

O erro e o dolo, também, se prestam a viciar a adoção. O erro pode se referir à natureza do ato praticado; à pessoa a ser adotada, ou à circunstância que tenha contribuído de forma decisiva para a adoção. A simulação, também, poderia ensejar anulação, na hipótese dos adotantes atuarem conscientemente para a criação do vínculo, por via da adoção.

Com a dissolução do vínculo da adoção, quer por reconhecer inexistente, quer pela anulação ou cassação, não se restabelece o pátrio poder do pai natural.

Pode ocorrer a cassação do vínculo adotivo pelo aparecimento de um fato cuja consequência torna impossível à manutenção do vínculo adotivo.

1.3 A ADOÇÃO E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

O termo *homossexual* origina-se do prefixo grego *homo*, cujo significado é *igual a*. Trata-se de expressão apropriada para descrever o amor erótico entre duas pessoas do mesmo sexo, homens ou mulheres⁴⁷.

Impossível seria pensar, até pouco tempo, na inserção da família constituída por pares homossexuais no Direito de Família. Isso por que durante muito tempo e até os dias de hoje eles são alvos de discriminação e rejeição social.

O reconhecimento das famílias alternativas, principalmente aquelas constituídas por pares homossexuais, tem estreita ligação com as mudanças nos papéis de gênero que tem ocorrido nos últimos 50 anos. Tais mudanças foram influenciadas pela revolução feminista, pela aprovação da Lei do Divorcio 1977 e pela entrada da mulher no mercado de trabalho, havendo expansão das funções e redistribuição dos papéis de homem/mulher e pai/mãe⁴⁸.

⁴⁷ Anthony Storr, *Devios sexuais*, Zahar, p. 67.

⁴⁸ FARIAS, Mariana de Oliveira. *Adoção por Homossexuais: a família homoparental sob olhar da psicologia jurídica*. Curitiba. Editora: Juruá. 2009 p. 63.

Além das mudanças nos papéis de gênero, percebe-se que vários fatores tem sido importantes para o entendimento de que as uniões homoafetivas estão se caracterizando como nova forma de entidade familiar: a autonomia da sexualidade em relação à reprodução e à conjugalidade; a reflexão a cerca da dimensão natural de família, sexo e gênero; e a expansão nas formas de se entender os direitos humanos e de cidadania, de maneira que abarquem os direitos referentes a sexualidades e à reprodução.

No entanto, nota-se que, embora estejam ocorrendo essas modificações, muitas vezes, para essas famílias, quando se fala em filhos, sejam eles adotivos ou naturais, essa questão torna-se muito difícil de obter aprovação da sociedade⁴⁹.

O temor da sociedade diante das relações afetivas e sexuais alternativas é grande, pois elas significam ir contra os valores religiosos e morais.

A maior problemática referente à inquietude gerada não só pelo reconhecimento das relações homossexuais, advém da falta de consenso sobre definição de família, visto que, no Brasil, a adoção só pode ser realizada a partir da existência de uma família substituta, ou seja, que substitua os direitos e deveres de uma família natural.

É importante questionar o porquê de tanta polêmica acerca da família composta por pais/mães homossexuais e o porquê de muitas pessoas não reconhecerem como legítima a família organizada nessa situação. O que incomoda os conservadores não seria o fato de casais homossexuais estarem questionando os valores e o modelo tradicional de família, mas sim o fato de estes casais demonstrarem a vontade de se incluírem neles, ou seja, de serem considerados iguais, e detentores do mesmo respeito e direitos⁵⁰.

A sociedade, portanto de modo geral, apresenta muitas dúvidas em relação ao desenvolvimento psíquico de filhos de pais homossexuais, mas são poucas as pessoas que tem acesso a pesquisas na área, não podendo, assim, basear sua opinião na realidade.

Levando em consideração o desenvolvimento sadio das crianças, ao pensar em adoção, é necessário que pais/mães homossexuais se preparem para duas questões delicadas e importantes: como e quando contar para a criança sobre a

⁴⁹ PERES, A. P. B. A Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro. Editora; renovar, 2006.

⁵⁰ ROUDINESCO, E. A Família em desordem. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

adoção; e como e quando contar para a criança sobre a orientação sexual dos pais/mães.

O tema adoção sempre despertou polemica e discussões, especialmente sobre o bem estar da criança⁵¹. Vários são os mitos perpassam este tema, principalmente quando diz a respeito à adoção por homossexuais, que ainda é um tema controverso.

Há muita expectativa favorável e desfavorável em torno da adoção, o que sugere que dificuldades não possam ser encontradas nas reações familiares em que há filiação biológica, o que é um equívoco, por que estas relações também devem ser construídas e desenvolvidas entre os membros de que constituem uma família⁵².

Nesse cenário, é importante conhecer a opinião dos próprios homossexuais acerca da adoção de uma pesquisa realizada no Brasil na cidade de Juiz de Fora, Minas Gerais, ouviu 65 (sessenta e cinco) homossexuais: 36 (trinta e seis) homens e 29 (vinte nove) mulheres. Dentre os entrevistados, 80% (oitenta por cento) diziam possuir parceiro fixo, contradizendo a crença popular de que os homossexuais teriam relações promíscuas. Oitenta e sete por cento fora contra o fato do pedido de adoção ser indeferido com base apenas na orientação sexual do requerente, sendo que as mulheres foram mais a favor que os homens. No entanto, quando o enfoque foi homossexual solteiro, quase todos os entrevistados concordaram com a adoção⁵³.

A nosso ver, o homossexual ou casal em união homoafetiva pode, sim, adotar. Contudo o posterior deferimento ou até mesmo a colocação deste adotado em família substituta dependerá, não da opção sexual e sim do comportamento dele a frente à sua vida cotidiana, sendo o Juiz responsável pela apuração a conduta no meio social onde ele vive⁵⁴.

O que impedirá, pois, o possível pedido de adoção, não é o fator homossexualismo, e sim o comportamento desajustado moralmente de alguns homossexuais, sendo que jamais sua homossexualidade. Assim, o importante é a criação que será dada ao adotante, dentro de algumas normas estabelecidas pela

⁵¹ FARIAS, Mariana de Oliveira. Adoção por Homossexuais: a família homoparental sob olhar da psicologia jurídica. Curitiba. Editora: Juruá. 2009 p. 97

⁵² Idem, p. 97

⁵³ COSTA, T. M. M. L. Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica. 200. N. 1 nov. 2004. Disponível em: ([TTP://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf)). Acesso em: 30/09/2006.

sociedade, sendo sua simples homossexualidade insuficiente como fundamento para servir de pretexto ou parâmetro para o indeferir da adoção pleiteada⁵⁵.

2. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Nosso ordenamento jurídico não enfrenta questão da homossexualidade⁵⁶, pois não a nenhuma regra legal expressa no ordenamento atual que permita ou proíba a colocação de um menor em lar substituto cujo titular seja um homossexual.

Um ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma, disso advém o principal problema conexo com a existência de um ordenamento são os quais nascem das relações das diversas normas entre si⁵⁷.

Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente sistemático, pretende também ser extremamente completo. O problema fundamental que é discutido é o das chamadas lacunas do Direito⁵⁸.

Contudo os ordenamentos jurídicos são formados por uma infinidade de normas, incalculáveis, sendo, portanto algo bem diverso e distinto, que muitas vezes se confunde, causando problemas. “A dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato que geralmente essas normas não derivam de uma única fonte”⁵⁹. Os ordenamentos são distinguidos em simples e complexos, dependendo de quantas normas os compõem, o ordenamento que recobre um grupo social de poucos membros, como é nosso caso, a família, geralmente é um ordenamento complexo, por nem sempre ser a autoridade paterna a única fonte de regras, sendo estas derivadas de heranças de outros grupos familiares antepassados, e misturadas com conceitos atuais e religiosos, fazendo com que o ordenamento torne-se misto, ou seja, complexo.

⁵⁴ SILVA, José Luiz Mônico da. A Família substituta no Estatuto da Criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995 p.116

⁵⁵ Idem, p.117

⁵⁶ Idem, p.117

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora: UnB. 1999 p. 34

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora: UnB. 1999, p. 35

⁵⁹ Idem, p.37

A complexidade do ordenamento, não exclui sua unidade⁶⁰, pois todas pertencem ao mesmo plano. Havendo normas superiores e inferiores, sendo que as que se encontram mais a cima é a norma suprema, ou seja, a fundamental, sendo organizadas hierarquicamente.

Na medida em que o ordenamento avança tanto para cima e quanto para baixo, o poder normativo é sempre mais circunscrito⁶¹, sendo os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior, materiais e formais, o primeiro esta autorizado a emanar o segundo a qual norma inferior deve se emanada, podendo ser impostos contemporaneamente.

Os ordenamentos jurídicos além de se basearem em uma unidade constitui também um sistema⁶², é uma unidade sistêmica, ou seja, uma totalidade com a finalidade se ser extremamente ordenada.

A situação, que vem sendo normal, de normas incompatíveis, tem sido uma dificuldade imensurável e transformada com o tempo em tradicional, e teve uma denominação própria características: “antinomia”⁶³, sendo uma norma que obriga e a outra proíbe no mesmo comportamento. Esta situação é, portanto aquela que verifica duas normas que se confrontam, e que pertence por sua vez ao mesmo ordenamento jurídico e tendendo a confusão no âmbito de validade.

Sendo esta o desencontro de duas proposições incompatível, ao pode ambas ser verdadeiras, não podendo ambas ser aplicadas, tendo que ocorrer a eliminação de uma das normas.

A eliminação obedecerá a vários critérios, sendo em alguns casos insuficientes, assim sendo, não temos uma forma que melhor as regulam, mas em controversa que melhor as desconfrontam.

O ordenamento jurídico pode ser incompleto, consiste no fato nem, as normas não se majore proibindo e possibilitando certos comportamentos⁶⁴,é quando o ordenamento jurídico possui uma lacuna, ou seja, um sistema no qual não existem nem normas que proíbem nem normas que permitem certos comportamentos.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora: UnB. 1999,, p. 48

⁶¹ Idem, p. 53

⁶² Ibidem, p. 71

⁶³ Ibidem, p. 81

⁶⁴ Ibidem, p. 113

A completude é uma condição indispensável para os ordenamentos com lacunas⁶⁵, em que valem duas regras, a que o juiz é obrigado a julgar questões controversas que apresentarem ao seu.

O dogma da incompletude, ou seja, o princípio do ordenamento jurídico para que sege este completo para auxiliar os juristas, em cada caso, na solução sem que precise recorrer à equidade⁶⁶, sendo assim considerados, como aspectos salientes do direito positivo jurídico.

Onde há falta do ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de limites do ordenamento jurídico do que de lacunas⁶⁷, sendo assim uma norma que regula um comportamento não só se limita a uma regulamentação.

Ao ver jurídico, as lacunas estão divididas em a “normativa”, quando estiver ausência de normas sobre caso; “ontológica”, se houver norma, mas que ela não corresponder aos fatos sociais; e “axiológica”, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta⁶⁸.

A lacuna a lei é real e não aparente, definitiva e não provisória, sendo preenchida com recursos estabelecidos pelo Direito, que, por sua vez não apresenta lacunas⁶⁹.

Podendo se dizer que a estrutura relacional do conceito de lacuna, nesta perspectiva é uma relação entre conjunto de normas uma circunstância fática e uma solução possível⁷⁰.

A solução possível nem sempre se resume na mais óbvia, de não poder tirar do sistema nem uma solução favorável nem uma solução desfavorável, demonstra assim com vigor a lacuna no ordenamento⁷¹.

Para a integração das possíveis lacunas existentes os juristas recorrem, preliminarmente, à analogia, “que consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora: UnB. 1999,, p. 118

⁶⁶ Idem, p. 119

⁶⁷ Ibidem, p. 132

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. São Paulo. Saraiva. 2000 p. 95

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora: UnB. 1999, p.p. 95

⁷⁰ Idem, p. 97

⁷¹ Ibidem, p. 139.

na hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato”⁷².

Portanto, a analogia é um método de auto integração, que se apoia em dois preceitos: a “analogia” propriamente dita e os “princípios gerais do direito”. Tende-se a expandir os casos já analisados e devidamente regulamentados.

Entende-se por “analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso regulamentado e semelhante”⁷³. Sendo também um pensamento tópico que parte do caso conhecido dirigindo-se às soluções imitadas⁷⁴.

O processo analógico consiste em aplicar o conhecimento de outros caso e entendimentos as lacunas novas, ou seja, as que vão surgindo com a mudança dos costumes, sociedade e da tecnologia. O Direito se encontra em constante modificação para assim acompanhar as mudanças sociais, mas mesmo com esta mudança se torna impossível a não existência de lacunas, pois estas muitas vezes, não são extremamente nítidas, sendo notável com o tempo e com a própria mudança conjunta da sociedade e do ordenamento jurídico. Sendo assim, a analogia sempre ira existir como uma das varias formas de suprir as lacunas existentes, ate que estas se regulamentem como Lei.

Quando nos referimos à adoção por casais homossexuais nos deparamos com uma lacuna no ordenamento jurídico, pois temos o conflito de ordenamentos jurídico juntamente com a incompletude por não a norma que proíba nem mesmo que permita.

Deparamos-nos também com as antinomias, como relatada anteriormente, situação na qual são colocadas em existência duas normas⁷⁵, que no caso da adoção por pares homoafetivos.

A analogia neste caso, não se torna a metodologia mais aplicável, pois, temos a escassez de casos regulamentados, que poderiam servir como parâmetros para os futuros processos de analogia, pelos juízes competentes.

A adoção, portanto em alguns casos pode privilegiar da analogia, quando preenchidos os requisitos do Estatuto⁷⁶ e passado pela equipe interprofissional nele previsto. Depois da análise da vida social do requerente, o futuro adotante, e da

⁷² DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. São Paulo. Saraiva. 2000 p. 140

⁷³ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora: UnB. 1999. p.151.

⁷⁴ Josef Esser, *Pricipio y Norma em La Elaboración Jurisprudencial Del Derecho Privado*, Ed. Barcelona, 1961, p. 294

⁷⁵ BOBBIO, Op. Cit p.86

estrutura emocional, é que o juiz, ouvindo o Ministério Público, decidirá a adoção postulada⁷⁷, ressaltando assim uma possibilidade de auto integração.

Os limites do ato da decisão judicial na complementação de lacunas devem ser sempre observados. Ao preencher lacunas o órgão judiciante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema jurídico⁷⁸.

Ao poder judiciário foi reservada a responsabilidade de adequar o direito, para a minimização de possíveis danos futuros no caso ao adotado, quando houver omissão normativa ou quando a sua eficácia esperada apresentar preceitos de inadaptação em relação à realidade e aos valores positivos, mantendo-o vivo. “Desta afirmação não se infere que o juiz tenha uma liberdade onímoda”⁷⁹.

Contudo, não há um direito absoluto do juiz ao aplicar o direito, pois o direito não dá todo direito, e o seu uso não confere irresponsabilidade⁸⁰.

A existência de lacuna não que dizer, portanto, significar que seja logicamente impossível uma decisão por ausência de norma, mas tão somente que essa solução é possível dentro de um sistema jurídico⁸¹.

O magistrado, ao colmatar lacunas por meio da ideologia, pois está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica dentre varias outras soluções, que indica os melhores meios, com base em princípios e costumes, para prolatar sua decisão, deverá manter-se dentro dos limites do sistema jurídico brasileiro. Sua solução ao caso concreto não poderá ser conflitante com o espírito desse sistema. De modo que a norma individual completante do sistema não é, nem pode ser elaborada fora dos marcos jurídicos⁸².

⁷⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990.

⁷⁷ SILVA, José Luiz Mônaco da. A Família substituta no Estatuto da Criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 123

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. São Paulo. Saraiva. 2000 p. 299.

⁷⁹ Idem, p. 286.

⁸⁰ Ibidem, p. 287

⁸¹ Ibidem, p. 288

⁸² Ibidem, p. 299

2.2 ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Apontando como um dos principais fundamentos do Direito a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 exemplifica a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁸³.

A Constituição é um marco jurídico da transição da democracia e também da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, sendo o marco da ruptura com o regime antigo, o autoritário militar⁸⁴, passando a valorizar, portanto a pessoa humana e os seus direitos, antes ignorados.

Introduz no “Preâmbulo”, a construção dos Direitos humanos quando este menciona a os direitos sociais e individuais, e ainda os assegura juntamente com o bem estar e a liberdade, constituindo assim uma sociedade “livre”, “justa” e “solidária”, garantindo o desenvolvimento nacional, enfocando assim a erradicação a pobreza e a marginalidade, e ainda, visando reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem estar de todos e quaisquer cidadãos, sem preconceito de “origem”, “raça”, “sexo”, “cor”, “idade” e qualquer outra manifestação de “discriminação”⁸⁵.

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se com uma visão geral, como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento legal, sendo assim é compreendida como possível unidade como também um sistema que privilegia determinados valores sociais, considerados como a dignidade da pessoa humana, podendo ainda ser considerada como um valor essencial⁸⁶ para a interpretação dos demais ordenamentos subordinados a esta Constituição.

O aspecto da dignidade da pessoa humana não é específico da existência humana de uma qualidade inerente a um dito ser humano qualquer, sendo que desta forma passou a ser habitualmente definida como possuidora de valor próprio que identifica o ser humano⁸⁷. Neste sentido a dignidade, tida como qualidade intrínseca da pessoa humana, é “irrenunciável” e “inalienável”.

⁸³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Artigo 1º, III. “a” dignidade da pessoa humana.

⁸⁴ LEITE, George Salomão. Os Princípios Constitucionais. Melhoramentos. São Paulo. 2003 p.191

⁸⁵ Idem. p. 191

⁸⁶ Ibidem 2003, p. 192

⁸⁷ Ibidem, p. 201

Desse modo, a dignidade humana é um constructo cultural e multiuniforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, em um processo dito expansivo e inexaurível⁸⁸, que com a convivência humana vem se moldando.

Este princípio impõe limites para a atuação do Estado, objetivando impedir que o poder público viole a dignidade pessoal, não só tem que limitar-se, como também tem o dever de respeito e proteção perante o indivíduo, ou seja, tem a obrigação de promover “condições que removam todos os possíveis obstáculos que o impeça de viver com dignidade”⁸⁹.

De acordo com a dignidade humana, não há discriminação perante a sexualidade, sendo um pressuposto vago e um aspecto de violação aos direitos fundamentais do ser humano.

Outro aspecto presente na Constituição Federal é a igualdade, tida como princípio fundamental, a igualdade jurídica veda tratamento discricionário e o repúdio a criação e manutenção de privilégios.

Portanto, o princípio da igualdade constitucional não pode ser fonte de privilegio ou de perseguições, mas sim instrumento regulatório da vida social, que concentraria em tratar equitativamente todos os cidadãos⁹⁰.

Na esfera da sexualidade, ou seja, no âmbito da homossexualidade, destacasse o princípio pela extensão do mesmo tratamento social e jurídico de todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual, esta consequência decorre do aspecto formal, ou seja, a não adoção de privilégios, do princípio da igualdade constitucional, proibindo a discriminações e privilégios⁹¹.

Uma análise diferenciada ao princípio da igualdade formal, é a análise do “direito a diferença”, ou seja, a igualdade, portanto decorre do respeito à diferença, que protege a identidade do indivíduo homossexual⁹². Tendo como partida a dimensão formal, o princípio da igualdade, objetiva superação das desigualdades entre pessoas, por consequência do estabelecimento da mesma lei a todos, tende a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

⁸⁸ SOARES, R. M. F.. O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Saraiva. São Paulo. 2010 p.145

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004 p.111.

⁹⁰ SILVA, F. D. L. L. da. Princípios constitucional da Igualdade. Lumens júris. Rio de Janeiro. 2001 p. 91

⁹¹ RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002 p.129

⁹² Idem, p. 130

A abordagem jurídico-dogmática dos direitos fundamentais o princípio da igualdade se sobressai não somente pela sua importância crucial, mas por sua complexidade e conseqüente dificuldade de aplicação pelos operadores de direito.

Na dimensão material do princípio da igualdade, torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize parâmetro com base na homossexualidade, no domínio específico da orientação sexual, sendo imposto o tratamento igualitário sempre que não possíveis às apresentações de razões ou motivação plausíveis para a possível justificação da desigualdade no tratamento, sendo a suficiência ou não destas razões ou motivações é matéria pertinente ao desenvolvimento do conhecimento de cada momento histórico jurídico, diante da desigualdade a ser enfrentada⁹³.

Ao relatarmos a igualdades nos direitos fundamentais instituídos pela Constituição, esbarramos na liberdade, que também é uma garantia constitucional, que tem como componente essencial à autonomia privada.

A autonomia privada embasa a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual, ou seja, esta autonomia esta ligada as escolhas existenciais⁹⁴, contudo não cabe ao Estado ou mesmo a Constituição estabelecer fins que cada pessoa humana deve perseguir, como: os valores, crenças que deve professar os caminhos eu devem seguir ou ate mesmo o modo como deve orientar sua vida, essas escolhas competem ao individuo processa-las, como também suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando, portanto igualmente a liberdade e escolha feitas pelos seus semelhantes⁹⁵, recebendo esta a proteção da ordem constitucional.

A liberdade do cidadão respeita a autonomia privada e a pública, sendo a capacidade de autodeterminação, não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligada a autonomias, sem que confirmadas as condições mínimas para que seus titulares possam desfrutas delas⁹⁶.

A liberdade individual, portanto tem varias facetas, pois é composta por corpo e espírito ao mesmo tempo, como corpo corresponde à liberdade física do individuo, que nada mais é que a liberdade de gozar de uma certa independência material, no

⁹³ RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002, p.135

⁹⁴ LEITE, George Salomão. Os Princípios Constitucionais. Melhoramentos. São Paulo. 2003 p.297

⁹⁵ Idem. p.296

⁹⁶ Ibidem, p. 303.

outro caso a liberdade intelectual, a liberdade de fazer escolhas consciente, de usar forças físicas e espirituais de uma relação com crenças ou de convicções íntimas. A primeira visa assegurar a autonomia do indivíduo e a outra proteger suas escolhas⁹⁷.

Desta maneira a ideia de que a garantia tanto da autonomia pública como da autonomia privada é vital a proteção jurídica integral da liberdade humana, desta mesma forma é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam dela desfrutar de forma clara e consciente⁹⁸.

Visualizando os direitos de uma forma mais desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, desta mesma maneira estão a liberdade e a igualdade, sendo que a liberdade compreende ao direito de liberdade a orientação sexual, aliado portanto ao direito igualitário, independente da tendência sexual, ou seja é um direito natural que acompanha o ser humano desde o nascimento⁹⁹.

A sexualidade é um elemento da natureza humana, sendo este individualmente, ou seja, sem liberdade sexual é ser sem direito ao livre exercício da sexualidade, com outras palavras sem opção sexual livre, faltando a liberdade que é, portanto, um direito fundamental e constitucional¹⁰⁰.

O princípio da igualdade e a liberdade também transparecem quando o assunto é relacionado à família. Com a Constituição, deixou de lado a família perfeita constituída de pai, mãe e filhos, reinterando a igualdade entre os sexos, e conseqüentemente a liberdade no planejamento familiar, divergindo assim família e casamento¹⁰¹, temos a formação da entidade familiar.

O respeito à diversidade é o mínimo ético que exige a Constituição Federal, pois sua consagração maior é o princípio da dignidade da pessoa humana, baseada conseqüentemente na igualdade e na liberdade, contudo vivemos em um estado democrático e acima de tudo livre¹⁰², onde, portanto devemos respeitar a orientação sexual.

⁹⁷ MORABGE, Jean. Direitos Humanos e Liberdades públicas. Manoele. Barueri. 2004 p.139

⁹⁸ LEITE George Salomão. Os Princípios Constitucionais. Melhoramentos. São Paulo. 2003 p.307

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004 p.32

¹⁰⁰ Idem, p. 33

¹⁰¹ GARCIA, Edinês Maria Sormani. Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana. De Direito. São Paulo. 2003 p. 86

¹⁰² Idem, p.22

Os filhos também gozam da igualdade na filiação, independente da questão consanguínea, ou seja, um filho adotivo tem os mesmos direitos que os demais.

A adoção não pode estar condicionada a preferência sexual heterossexual ou homossexual ou a realidade familiar precária adotante, sob pena de infringir o maior princípio constituinte, o da dignidade humana, que se sintetiza em outro princípio o da igualdade e também na vedação do tratamento discriminatório de qualquer ordem¹⁰³.

Ao tratarmos de Princípios fundamentais, de maneira a esclarecer os conceitos e harmonizá-lo com atual concepção de família, a relatada pela Constituição Federal de 1988, as transformações e fundamentando-se as necessidades sociais, caminhando assim para uma sociedade mais justa e igualitária, esclarece não só o conceito de família, como também a pessoa humana como o único ser competente de um valor interno, um valor sem preço e que acima de tudo não admite substituição, sendo assim a família como a garantia de desenvolvimento desta pessoa humana, com valor preservado, onde se valoriza juntamente com o afeto, o amor e a busca da felicidade por seus integrantes¹⁰⁴.

Contudo temos ao final como principal consequência, que a Constituição Federal de 1988, tem o papel de garantir a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, sem distinção, já que o reconhece como individuo e a necessidade de se respeitar cada individuo com o valor dito absoluto, além do papel primordial dos operadores de Direito Civil Constitucional alicerçando em princípios e normas personalistas para que assim evite a aplicação de normas originárias contrárias¹⁰⁵.

2.3 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O instituto da adoção teve uma expressiva evolução, desde o Direito Ancião, até os dias atuais, este instituto existe desde as civilizações mais antigas, com a grande finalidade de dar filhos a quem não possa tê-los na forma natural, a fim de

¹⁰³ GARCIA, Edinês Maria Sormani. Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana. De Direito. São Paulo. 2003, p. 127

¹⁰⁴ Idem, p. 156

¹⁰⁵ Ibidem. p.156

que a religião da família fosse perpetuada¹⁰⁶, assim sua finalidade pendura no ordenamento jurídico atual, sendo este o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a nova Constituição de 1988, obteve a necessidade de o surgimento de uma legislação especializada, sendo estas o reflexo das alterações trazidas pelo texto constitucional, que são as normas extravagantes, que prosperou a partir de sua promulgação¹⁰⁷.

No Código vigente o legislador visando temas polêmicos, como a adoção, manteve o cuidado de manter princípios constates de diplomas legais, assim não se em a pretensão de regular todo o direito privado, devendo conviver, portanto com toda a legislação extravagante existente, desde que não seja contrária a esta. Considerando o Estatuto da Criança e do Adolescente, é mais minucioso¹⁰⁸, e ambos caminharam simultaneamente de forma que as normas estatutárias prevalecerão quando o Código for omissivo.

O primeiro aspecto demonstrado pelo código é a maior idade para a adoção, sendo esta de 18 (dezoito) anos, ou seja, a maioridade do adotante, também sendo a considerada para as práticas de todos os demais atos civis.

Tal idade nos indaga ao requisito que é a diferença de idade, quando o legislador regulamenta a diferenciação de 16(dezesseis) anos entre o adotante e o adotado, no qual visa conferir cunho biológico à família civil que está se constituindo, devendo sempre ter o mínimo possível de semelhança com a biológica¹⁰⁹, diferença esta que serve para a não confusão do amor familiar com o amor de homem e mulher, encobrendo intenção inconfessável.

Por tratar de adoção como um instituto de amor familiar, não podemos descartar a adoção por curador e tutor, pois possuem contato direto com o tutelado ou curatelado, sendo que com estes a possível manutenção de vínculos afetivos chegando muitas vezes a estabelecer amor paternofilial¹¹⁰, não sendo este requisito essencial, sendo que com a adoção o curador ou tutor poderá deixar de exercer este papel, evitando assim a adoção com interesse financeiro.

¹⁰⁶ LEITE, H. M. D. O Novo Código Civil no Direito de Família. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2002 p. 239

¹⁰⁷ Idem, p.244

¹⁰⁸ Ibidem p.245

¹⁰⁹ SANTOS, Ozéias J. Adoção no Novo Código Civil. Vale do Mongi. São Paulo. 2005 p. 25

¹¹⁰ LEITE H. M. D.. Op. Cit. p. 248

Para que a adoção se realize, é preciso que haja o consentimento, sendo este um requisito indispensável, pois são os pais detentores do poder familiar, tal exigência aplica-se a qualquer processo de adoção.

Os pais biológicos que aderiram ao pedido são ouvidos somente na audiência de instrução e julgamento¹¹¹.

Não só os adotantes devem se manifestar o consentimento, temos sempre a observação da concordância do adotado, não se diz apenas ao aspecto de o juiz ouvir a criança, mas também a estes ponderem a vontade de se manifestar, assim sempre que o adotado puder se expressar, deverá o juiz ouvi-lo¹¹².

A decisão do magistrado tem por obrigação levar em conta a opinião do adotado, utilizando deste artifício como um dos fundamentos para a decisão futura no processo de adoção, não podendo esquecer que o juiz é livre para suas decisões, mas sempre levando em conta o melhor interesse da criança e do adolescente¹¹³, tendo, portanto novamente a importância de ouvir as declarações de ambas as partes e ponderando da melhor forma.

Este consentimento será também em alguns casos dispensados quando os pais biológicos são desconhecidos, sendo estes citados por edital.

O consentimento poderá ser revogado, antes da sentença constitutiva, havendo arrependimento, pois geralmente por dificuldades a família natural opta pela entrega do filho a outro lar, não obstante por este entre outros motivos que se revogue o consentimento¹¹⁴, este revogado o julgador decidirá com base nos fatos o melhor para a criança.

A adoção pode ser pleiteada por uma só pessoa, não podendo a esta acontecer por duas pessoas, salvo quando estas viverem em união estável, podendo, portanto os divorciados e solteiros propor ação de adoção.

A disciplina estatutária impõe que a adoção seja precedida em um período, denominado estágio de convivência, entre o pretendente e o adotado, sendo

¹¹¹ SANTOS, SANTOS, Ozéias J. Adoção no Novo Código Civil. Vale do Mongi. São Paulo. 2005. p. 29

¹¹² LEITE, H. M. D.. O Novo Código Civil no Direito de Família. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2002. p. 251

¹¹³ LEITE H. M. D.. Op. Cit. p. 251

¹¹⁴ SANTOS op. cit p 31

facultado ao juiz sua fixação, mas sendo obdecidas as peculiaridades de cada caso¹¹⁵.

O estágio de convivência é o período de avaliação da nova família, ou família substituta, este convívio será acompanhado por uma equipe técnica do Juízo, com a finalidade de se verificar adaptação recíproca¹¹⁶, sendo esta necessária, em casos específicos dispensados, como quando a criança tem a idade de menos de 1(um) ano ou quando a criança já estiver em convivência com o adotado, como curador e tutor.

O Ministério Público tem ampla competência, na adoção visa proteção integral da criança e do adolescente e de seus direitos fundamentais, sendo de intervenção obrigatória nos casos de competência da Justiça da Infância e da Juventude, devendo, portanto ser intimado em qualquer caso, sendo que a falta acarretará nulidade do feito¹¹⁷.

O melhor interesse da criança, visto como um princípio não podendo este faltar em qualquer etapa do processo adotivo, sendo que sua aplicação é eminentemente subjetiva, pois é impossível fixação de critérios uniformes e objetivos para a solução de todas as hipóteses dos casos concretos¹¹⁸, complementando este princípio temos a proteção integral, que complementa o interesse de educar e criar da melhor forma possível o adotado, ou seja, a adoção sempre estará em concordância com os direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo estes de natureza constitucional, civil e estatutária, sempre observada pelo legislador.

Em consequência ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos já havidos ou futuros, o adotando passará a utilizar os patronímicos do adotante, sendo que em alguns casos temos a modificação do prenome, este deve se apreciado com reserva, pois o prenome é a identificação da pessoa, o qual se torna mais comum em crianças, quanto ao adolescente, assim como o maior de idade, não se vislumbram esta hipótese, pois já são por estes identificados no meio social¹¹⁹.

¹¹⁵ SILVA FILHO, Artur Marques da. O regime jurídico da adoção estatutária. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1997 p.137

¹¹⁶ LEITE H. M. D.. O Novo Código Civil no Direito de Família. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2002. p.257

¹¹⁷ SILVA FILHO, op.cit. p.139

¹¹⁸ SILVA FILHO, Artur Marques da. O regime jurídico da adoção estatutária. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1997 p. 271

¹¹⁹ LEITE, H. M. D. O Novo Código Civil no Direito de Família. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2002.p.275

Os efeitos da adoção são refletidos tanto no lado pessoal como no lado patrimonial, no que se diz a respeito da pessoal, temos a ruptura do vínculo com a família anterior, sendo que a partir da concretização da adoção os pais biológicos e parentes, passando a integrar plenamente a família civil, com igualdade e isonomia perante todos os demais membros, esta ruptura envolve todo e qualquer tipo de direitos e obrigações, o único aspecto que permanece é impedimento civil para o matrimônio com membro consanguíneo da família biológica¹²⁰, em outras palavras o adotado adquire situação de filho perante a nova família civil.

Dentre os efeitos insta a destacar os efeitos patrimoniais adquiridos com a concretização da adoção, o adotado, portanto terá direito a alimentos, novamente em virtude do princípio da igualdade entre as filiações, nasce a relação parental juntamente com a proteção integral tendo, portanto direito a sucessão, participando este da sucessão na qualidade de descendente, recebendo seu quinhão na partilha dos bens deixados pelo adotante por ocasião de sua morte, desta mesma forma, sucederá o adotado aos parentes do adotante ou ao próprio adotante, obedecidas as regras sucessórias¹²¹.

Cumprido resaltar, que é da essência da adoção a sua irrevogabilidade, não podendo mostrar suscetível de revogação, pois tem como finalidade a proteção integral da família do adotado, a adoção é estável, ou seja, goza de uma estabilidade após postulada¹²², visa assegurar a plena integração da criança e do adolescente na família que o recebeu, imitando a própria natureza da família biológica.

Com a interpretação das normas estatutárias em especial as de adoção, o operador do direito deve sempre ter presente a ideia de proteção integral, não só priorizando o a solução das reais vantagens apontada pelo adotante¹²³, como também suprir as lacunas oriundas da família biológica.

A adoção nada mais é que uma técnica jurídica de constituição de filiação, de entidades familiares substitutas, resguardando a integração da criança e do

¹²⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. O regime jurídico da adoção estatutária. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1997 p.151

¹²¹ LEITE, H. M. D.. O Novo Código Civil no Direito de Família. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2002.. p. 276

¹²² SILVA FILHO, op. cit. p. 200

¹²³ SILVA FILHO, Artur Marques da. O regime jurídico da adoção estatutária. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1997 p.221

adolescente ao seio familiar, este da maioria das vezes constituídas por famílias fora do padrão social, pela sua profunda mudança através da história¹²⁴.

A formação da adoção em nosso país é dupla, constituída por uma denominada simples, o Código Civil brasileiro e outra mais ampla, a Adoção Estatutária, esta ultima por sua vez contem regime jurídico especifico diferenciado da civil¹²⁵.

O vínculo por muitos considerado elemento presente em toda e qualquer adoção, só se aperfeiçoa com a sentença constitutiva, destacando assim o exercício da atividade jurisdicional¹²⁶.

2.4 CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

O Cadastro Nacional de Adoção foi regularmente criado por Lei¹²⁷ especifica, tendo este como principal objetivo a uniformização de possíveis entidades familiares e de seus possíveis adotantes, sendo utilizado como forma caracterizadora e também de rapidez processual, para a diminuição no tempo de espera pela efetivação da adoção.

Este, portanto é utilizado como uma ferramenta de auxilio para magistrados das respectivas varas da infância e da juventude na condução dos procedimentos norteadores da possível adoção.

Colocado em uso no dia 29 de abril de 2008, o CNA busca cada vez mais a agilidade e economia nos processos de adoção por meio de mapeamento de informações unificadas. O Cadastro possibilita ainda que com a simples habilitação todo o país tenha acesso aos dados fazendo com que desta forma a facilitação implantação de políticas públicas na área.

O processo de habilitação começa primeiramente no judiciário e posteriormente passa para o Cadastro que encontrasse concentrado no Conselho nacional de justiça, sendo que para a devida inscrição se encontrar dentro dos

¹²⁴ SILVA FILHO, Artur Marques da. O regime jurídico da adoção estatutária. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1997 p.217

¹²⁵ Idem, p. 218

¹²⁶ Ibidem, p. 219

¹²⁷ Cadastro Nacional de Adoção, Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acessado em: 01/10/2012.

moldes do artigo 50 da Lei 8069/90¹²⁸, assim sendo o não se permite a duplicidade da inscrição sendo está, portanto valida por 5(cinco) anos, por motivos de efetivação da adoção ou por morte do possível adotante esta invalidada.

Cumprе ressaltar a importância do Cadastro para as crianças que esperam ansiosas em abrigos pelo país, pois assim temos o melhor enquadramento desta na entidade familiar inscrita fazendo com que a agilidade e melhor proteção da criança sejam sempre resguardadas.

O cadastro, portanto possibilita fáceis cruzamentos de dados e informações, fazendo com que desta maneira estatísticas sejam coletadas a partir deste como é o caso dos locais onde mais se encontram entidades familiares com interesse em adotar, a maior parte dos interessados reside em São Paulo, onde estão 7.330 do total de inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. “Também ocupam lugar no ranking dos cinco estados com mais pretendentes, respectivamente, Rio Grande do Sul (4.278), Paraná (3.859), Minas Gerais (3.581) e Santa Catarina (2.076)”¹²⁹. Sendo de forma espantosa o número do total de interessados em adotar maior que o número de crianças habilitadas a participar do processo de adoção.

Contudo este método anda juntamente com o processo de adoção, servindo como parâmetro para o enquadramento na melhor entidade familiar, e para o possível estágio de convivência. Não podendo deixar de destacar que não é uma obrigatoriedade para a efetivação da adoção, sendo esta somente uma forma de melhor integração de adotantes e adotados, também sendo possível a adoção por outros meios, como pela convivência anterior por tutores e curados.

3. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DE CASOS DE ADOÇÕES POR CASAS EM UNIÃO HOMOAFETIVA

A realidade brasileira contém alguns casos em que se apresentam sob a tutela do judiciário, auxiliando nas futuras decisões, para possivelmente dirimir os

¹²⁸ Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acessado em: 01/10/2012.

conflitos, o que também ocorre com a adoção por casais em união homoafetiva, onde há insuficiência normativa. Tal fato dificulta a tutela judicial, gerando diferenças na proteção jurídica de direitos homossexuais.

Existe, portanto lacuna na Lei, mas, não há proibição legal em relação à casos de adoção por casais homossexuais. Quando se trata de homossexualidade a questão da adoção é um assunto extremamente polêmico e tal situação, tem ensejado inúmeras discussões e controvérsias judiciais.

De tal sorte neste capítulo abordar-se-á a aplicação judicial da adoção homoafetiva. Trar-se-á ao leitor julgados favoráveis e desfavoráveis à hipótese de verificação da possibilidade jurídica de adoção por casais em união homoafetiva.

3.1 JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS À HIPÓTESE DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA

3.1.1 STJ. Quarta Turma Cível. Recurso Especial nº 889852/RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão.

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

¹²⁹ O Cadastro Nacional de Adoção (CNA), Disponível em: (<http://www.oriobranco.net/saude/22822-cadastro-nacional-de-adocao-numero-de-pretendentes-a-adocao-e-superior-ao-de-criancas-disponiveis.html>). Acessado em: 01/10/2012.

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 casos não deferidos a medida.

15. Recurso especial improvido.

No julgado, emerge sobre uma adoção já consolidada por uma mulher “solteira” na qual adotara dois menores, irmãos biológicos, e que anteriormente ao fato da adoção já vivera em união homoafetiva com sua companheira, desde 1998, que requer no julgado a adoção de fato dos menores e a inserção do nome de ambas no registro civil dos menores. A adoção já consolidada ocorrera desde o nascimento dos menores.

Após a realização de minucioso estudo social do caso, o Tribunal de primeira instância julgou procedente o pedido, deferindo a adoção e determinando a inserção do sobrenome de LMBG nas crianças, “sem mencionar as palavras pai e mãe”, acrescentando ainda que “a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna”

Posteriormente houve a impetração de apelação por parte do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que por unanimidade foi negado o improvimento, com base nos mesmos argumentos já anteriormente relatados, e que posteriormente,

interpôs Recurso Especial, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional. E fundamentados nos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, além de dissídio pretoriano. Requerendo assim o provimento do recurso, “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, censitariamente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada”.

Sendo esta por unanimidade novamente não-provimento, pelos mesmos fundamentos do Tribunal de origem, e pelos fatos e fundamentos anteriormente observados, prevalecendo assim a decisão de origem.

Primeiramente cumpre ressaltar o melhor interesse dos menores, pelo vínculo contínuo com as adotantes, e pela estrutura da entidade familiar já fundada, pois desenvolviam conjuntamente cada um o seu respectivo papel, no qual a requerente possuía notável valor financeiro e estrutural na criação dos menores.

Para garantir o melhor interesse das pessoas que integram a família, devem ser observados os princípios constitucionais que garantem os interesses individuais da sociedade como um todo e o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a ser o ponto de partida na garantia dos direitos individuais, sendo esse princípio recepcionado pelo direito de família¹³⁰. Sendo assim no julgado em questão prevalece todos os princípios para melhor inserção dos menores na sociedade e na vida familiar fazendo com o fato de serem educados por duas mulheres não prejudique seus desenvolvimentos.

Concomitantemente ao princípio da dignidade da pessoa humana, são de suma importância como os demais princípios, pois cumulados, ratificarão tanto a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente.

A adoção nada mais é que uma técnica jurídica de constituição de filiação, de entidades familiares substitutas, resguardando a integração da criança e do adolescente ao seio familiar, este da maioria das vezes constituídas por famílias fora do padrão social, pela sua profunda mudança através da história¹³¹.

Desta forma, temos no julgado, a necessidade de reconhecimento do direito a filiação, que já fora constituída, independente da formação da entidade familiar merecedora de proteção Estatal.

¹³⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em (<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>). Acesso em: 27/08/2012.

¹³¹ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em (<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>). Acesso em: 27/08/2012. , p.217

Ademais, não poderá descartar a forte existência do vínculo sócio afetivo dos menores com a adotante, já que são totalmente favoráveis ao pedido da adotante, por permanecerem com a mesma desde o nascimento. Assim sendo, temos a família como um fato natural, não algo derivado de um contrato, como é enquadrado à natureza jurídica do casamento, como tal, verificamos que o fato importa para a criação da família, sendo este um aspecto volitivo¹³².

Com a adoção a família substitutiva ganha um filho, dedicando a este amor e afeto como se natural estivesse o constituído, que nos dá à clareza de afirmar que reside na adoção à solução do problema dos casais que não conseguem ter filhos¹³³. Consorte este entre outros fatores caracteriza a “realidade” do caso, pois ambas são mães, sendo solidariamente responsáveis pela criação e educação, compete assim tal responsabilidade. Existindo assim uma dupla maternidade desde o nascimento dos infantes.

O novo contorno sobre a nova ideia de família reforça o princípio da afetividade, como já visto, é o principal elemento que favorece este aspecto de adoção. Como consagrado na Constituição sendo elemento caracterizador da entidade familiar, não pode desamparar esta relação afetiva. É defensível que o Direito de Família atual comporte as famílias homoafetivas, pois não há mais a exigência do vínculo do matrimônio, sendo assim, as famílias contemporâneas é reconhecida além da modalidade do casamento, mas também na união livre e na monoparentalidade, tendo uma certa barreira no que se refere a homoafetividade, em virtude do preconceito social¹³⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o fundador da proteção integral, incluindo o melhor interesse da criança e do adolescente¹³⁵, com o deferimento da adoção em tela além de assegurar esses dois fundamentos, temos a preservação do direito de continuo convívio, a sucessões e alimentos, sendo que temos a proteção pelo plano de saúde da requerente e ensino básico por exercer a profissão de professora universitária, assim sendo totalmente vantajoso para os adotantes.

Como já dito, o casal convive em plena união estável, a fundamentação do julgado desfavorável à decisão, toma mais força, pois com análise do Corte

¹³² PEREIRA, R. da C. Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997 p. 39

¹³³ SANTINI, José Raffaelli. Adoção e Guarda. Belo horizonte. Editora: DelRey. 1996 p.55

¹³⁴ PERES, Ana Paula Ariston Barion. A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 213

¹³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 6 ed. São Paulo: Atlas 2006 p. 291

julgadora, basta a caracterização da união estável, para a possibilidade de adoção, sendo esta reforçada pelos preceitos estatutários ditos anteriormente.

Portanto, a doutrina e as lacunas contidas no ordenamento jurídico possibilitaram o julgamento unanime da corte, baseando-se assim em princípios, aplicabilidade de fundamentos e estudos aprofundados de psicossocial, para o improvimento da presente jurisprudência em análise.

3.1.2 TJSP. Câmara Especial. APC- 000484-79.2011.8.26.0457. Rel. Des. Claudia Grieco Pessoa, j. 23/07/1011.

Apelação – Procedimento de habilitação no cadastro de pretendentes à adoção, por casal em união homoafetiva – Deferimento, com ressalva de vedação à adoção de infante masculino – Alegação do Juízo de que a adoção de um garoto por mulheres em união homoafetiva não se mostra adequada, vez que a figura paterna é essencial para a formação de sua personalidade – Inadmissibilidade - Adoção deve em tudo se assemelhar à família naturalmente constituída - Conduta da sexagem (possibilidade de escolha do sexo do bebê) que não é admitida nos nascimentos naturais e, assim, não deve ser imposta às pretensas adotantes - Adoção que, acima de tudo, é medida protetiva de colocação da criança em família substituta e, como tal, não deve encontrar obstáculos, senão aqueles legalmente previstos – Situações hipotéticas não podem basear as decisões judiciais – Lesão a direitos constitucionalmente reconhecidos – Às autoras, o direito constitucional à família. À criança, ou adolescente, o direito a ampla proteção – Estado que tem o dever de proteger a criança e o adolescente, não podendo, assim, restringir a adoção por pares homoafetivos, que comprovadamente possuam convivência familiar estável - Tramitação idêntica do processo de adoção requerido por pessoa heterossexual deve ter aquele solicitado por homossexual – Estudos favoráveis juntados aos autos – Obstáculo que é vedado por disposição constitucional (artigo 5º) e representa prejuízo ao melhor interesse das crianças e adolescentes – Apelo ao qual se dá provimento, para reformar parcialmente a r. sentença a fim de excluir dela a vedação para eventual adoção de criança do sexo masculino.

O julgado em análise diferentemente do primeiro, não obsta por adoção de fato e sim para a inscrição de um determinado casal homoafetivo no Cadastro Nacional de Adoção. O cadastro por sua vez serve para a uniformização e possível rapidez processual.

Na apelação, emerge sobre duas mulheres Xádia Roberta Ferreira Zanatta Cital e Ana Lúcia de Oliveira que vivem em união homoafetiva, que impôs o recurso em face de uma sentença publicada pela Vara de Infância e Juventude da Comarca de Pirassununga, no qual em seu teor, defere a inscrição no cadastro de adoção, mas com a restrição do sexo do menor a ser posteriormente adotado, por se tratar de uma entidade familiar baseada na união homoafetiva.

Tal decisão jurídica foi devidamente fundamentada com base “a adoção de um garoto por mulheres em união homoafetiva”, não se mostraria adequada para, vez que a figura paterna é essencial para a formação da personalidade da criança.

As adotantes, não satisfeitas, buscam reforma do decidido, alegando, que os estudos psicológicos realizados apontam a possibilidade de adoção de criança com sexo masculino, que não compete ao Juízo fazer ilações sobre os riscos de eventual adoção por duas mulheres, sendo que não há amparo legal, tampouco técnico-psicológico para a referida proibição, ainda que a possível vedação não se pauta na dignidade da pessoa humana, e que a orientação sexual das pessoas não pode representar óbices, pois a eventual ausência da figura paterna não representa, necessariamente, risco de criação de formação de pessoa violenta, destacando assim que a principal razão da filiação é transmitir afeto e amor, razão pela qual não se admite restrição quanto ao sexo na adoção.

A inscrição no Cadastro foi devidamente deferida sem quaisquer restrições, baseando no que expôs a câmara como o seguinte entendimento da decisão:

“(…) É evidente que a opção sexual da apelada não poderia ser considerada para negativa de inclusão no rol pretendido, sob pena de violação aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana (incisos II e III, do artigo 1º, da Constituição Federal), ressaltando, ainda, os artigos 3º, inciso IV, e 5º, caput e inciso II, também da Carta Magna. (...)” (Apelação nº 9000003-34.2011.8.26.0576, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 30/01/12).

Tendo, portanto a Corte Suprema manifestação a acerca da questão em discussão, sendo esta totalmente favorável:

“família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.27, relatada pelo Ministro Ayres Britto).

Primeiramente cumpre a ressaltar a violação de preceitos constitucionais, acerca dos princípios constitucionais devidamente resguardados, como o da igualdade, da liberdade da dignidade da pessoa humana entre outros. De acordo com a dignidade humana, não há discriminação perante a sexualidade, sendo um pressuposto vago e um aspecto de violação aos direitos fundamentais do ser humano.

Outro aspecto violado presente na Constituição Federal é a igualdade, tida como princípio fundamental, a igualdade jurídica veda tratamento discricionário e o repúdio a criação e manutenção de privilégios, pois se uma mulher solteira pode adotar uma criança do sexo masculino qual o fundamento para que duas mulheres não possam.

O princípio da igualdade constitucional não pode ser fonte de privilegio ou de perseguições, na esfera da sexualidade, a extensão do mesmo tratamento jurídico de todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual, esta consequência decorre do aspecto formal, ou seja, a não adoção de privilégios, do princípio da igualdade constitucional, proibindo a discriminações e privilégios¹³⁶, sendo totalmente infundado o aspecto de que duas mulheres não possuem capacidade para educar meninos.

Antes da opção sexual do individuo temos o dever de resguardar a integridade do individuo baseando na educação e formação deste, o papel masculino nada interferira se a educação for baseada no respeito, sendo assim a criação de pessoas com sucesso por mães “solteiras”, sem o papel masculino.

No sentido atual, a família ou entidade familiar, considera-se a comunidade formada de seus pais/mães e seus descendentes, ou seja, constitui família o grupo de pessoas integrado por um dos pais/mães/avós/tios e pelos filhos e demais descendentes, afastando assim conceitos familiares baseado na constituição pelo

¹³⁶ RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002 p.129

casamento, distanciando também a subordinação a um possível chefe, pois neste sentido modernizado há a igualdade hierárquica entre homem e mulher no grupo fechado. Há consideráveis mudanças nas relações familiares, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o conceito afetivo que o mero convívio.

O maior princípio, fundante do Estado Democrático de Direito¹³⁷, do direito de família e o da dignidade da pessoa humana, sendo este relativo à preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social, a dignidade humana é consagrada pelo constituinte como valor nuclear da ordem constitucional. A dignidade é um macro princípio sob qual estão contidos outros princípios e valores como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade¹³⁸, portanto uma coleção de princípios éticos.

A liberdade e a igualdade foram os primeiros direitos a serem reconhecido como direitos humanos fundamentais, sendo estes princípios-chaves¹³⁹, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito e a dignidade.

As uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecida como a única base da sociedade, aumentou o espectro de família, as inovações vieram modelo familiar fundado não unicamente pela celebração do casamento, conformes costumes, a concretização do princípio do pluralismo de entidades familiares, que é a varia existência de arranjos familiares¹⁴⁰, como uniões extramatrimoniais, uniões homoafetiva entre outras, que garante o direito a família a todos e qualquer cidadão.

O distanciamento do casamento nos leva ao distanciamento da figura materna como indispensável para a criação de uma criança, pois não podemos esquecer as famílias constituídas por mães/pais “solteiros” ou até mesmo por famílias constituídas de entes familiares.

O homossexual poderá sim adotas nestes casos, visto que também tem o direito pela igualdade de escolha do sexo, pois o deferimento dos pedidos supracitados de colocação em uma família substituta dependerá, da formação integra das adotantes e não da opção sexual, ficando o magistrado a

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais p.32

¹³⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte. Del Rey. 2005 p. 94

¹³⁹ Idem, p. 140

¹⁴⁰ Ibidem, p. 165

responsabilidade pela apuração da conduta social no meio social onde elas vivem¹⁴¹.

Desta forma o que impedira o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, o fato de terem sido más educadoras e não o fator homossexualidade¹⁴².

3.2 JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL Á HIPÓTESE DE ADOÇÃO POR CASAIS EM UNIÃO HOMOAFETIVA

3.2.1 TJDFT. 3º Turma Cível, APC-20090610064258. Rel. Des. João Batista Teixeira, j. 23/11/2010.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. CONVERSÃO PARA ADOÇÃO. ARTS. 42, § 2º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO ATENDIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO

1.Nos termos da norma inserta no § 2º, do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família

2.É inviável o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois esta só poderia ser constituída por pessoas de sexo diferente, a teor do disposto nos 226, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil

3.Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida. (Acórdão n. 462893, 20100020063282AGI, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Cível, julgado em 27/10/2010, DJ 23/11/2010 p. 178).

No julgado, emerge sobre uma ação de guarda e responsabilidade arguida por, *P.G.F.S.* e *F.A.R.* com pedido de tutela antecipada, em face da menor *L. S. L.*, sendo assim o *paquet* manifestou-se favoravelmente à concessão da guarda provisória, que foi posteriormente foi deferida pelo douto juiz da Primeira Vara da Infância e da Juventude.

¹⁴¹ SILVA, J. L. M. da. A Família substituta no Estatuto da Criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995 p.116

As demandantes não satisfeitas apresentaram emenda à inicial, postulando a modificação do pedido de guarda para o pleito de adoção. Sendo esta indeferida pelo juiz *a quo*, fundamentalmente apresentado baseado nos dispositivos legais, artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal que é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, o que é reproduzido no art. 1723 do Código Civil. Lado outro, o art. 42, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham uma união estável, comprovada a estabilidade familiar.

O egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao pronunciar-se sobre o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, trilhou no sentido que não há espaço para aplicação de analogia, pois entende-se que os efeitos jurídicos da união estável não se equipara o da união homoafetiva, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio inexistente a tal previsão legal.

Inconformados com a decisão os demandantes interpuseram o agravo de instrumento, procurando demonstrar a impossibilidade de manutenção da decisão agravada. Em síntese o pedido na emenda a inicial para a substituição de guarda pela adoção foi indeferido por ter sido formulado por pessoas que vivem em união homoafetiva que fundamentalmente esse se encontra incompatível com a Constituição Federal, em especial, com o princípio da isonomia, dignidade da pessoa humana e proibição a discriminação.

Alegam também o descompasso com o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que arremata o risco a lesão grave e de difícil reparação faz a presente demanda.

O principal argumento que fortalece o prejuízo sofrido por esta criança é a formação da mesma pela identificação em dois homens ou duas mulheres as figuras maternas e paternas, sendo, portanto questionável a questão se seria um bom referencial para a criança adotada.

Desta ou de qualquer outra forma, a importância familiar em qualquer sociedade tem total proteção do Estado, podendo considerar-se integrado ao direito público e amplo¹⁴³, assim sendo o Estado preocupa-se com a entidade familiar

¹⁴² Idem, p.117.

¹⁴³ RIZZAEDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Doreense. 2011 p. 15

merecedora de proteção como embasada da Constituição no artigo 226, §3º onde é reconhecida a entidade familiar à união estável entre sexos distintos.

No sentido atual a família substituta é merecedora de proteção, contudo esta família se baseia na separação conjugal, morte de entes familiares, de guardas para conhecidos e tutelas para a proteção integral do menor, contudo a questão da homoafetividade vai além da família substituta, pois como relatado anteriormente ofendo alguns princípios constitucionais como o princípio da isonomia.

O homem no contexto familiar vem se reformulando, a cada dia, suas funções, acompanhando e participando cada vez mais do desenvolvimento¹⁴⁴, esta relação na educação dos filhos, sendo assim vem à mudança na relação familiar e não na entidade familiar em si, o fato de o homem cuidar mais da prole não garante que duas pessoas do mesmo sexo farão o mesmo respeitando o princípio da igualdade.

Um dos pontos fundamentais da adoção é a convivência familiar e comunitária, quer seja família natural quer seja a que chama de família substituta, que é a obtida através da guarda, tutela e adoção¹⁴⁵, tendo como ponto fundamental torna-se impossível à adoção por casais do mesmo sexo, pois cumpre ressaltar que não seria jamais a chama da família natural, que tem como fundamento a diversidade sexual, tanto no casamento celebrado quanto na união estável.

No entanto, a modificação sendo para filhos adotivos ou naturais, nota-se que, para estas e muitas famílias diferenciadas, ainda temos uma questão muito difícil de obter aprovação da sociedade¹⁴⁶.

Desta forma o instituto da adoção jamais alcançaria seu objetivo final, que é a proteção da criança e do adolescente que se encontra em abrigos pelo país e a melhor inserção na sociedade, pois esta não se encontra preparada para a aceitação desta criança como pertencente de uma família naturalmente constituída e sim como uma aberração, tal problemática não se resolveria e sim criaria uma nova situação a ser resolvida.

Nosso ordenamento jurídico não enfrenta questão da homossexualidade¹⁴⁷, pois não a nenhuma regra legal expressa no ordenamento atual que permita a colocação de um menor em lar substituto cujo titular seja um homossexual.

¹⁴⁴ PEREIRA, R. da C. Afeto, Ética. Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2004 p.635

¹⁴⁵ SZNICK, Valdir. Adoção. São Paulo. Editora:Universitária de Direito LTDA. 1999 p. 171.

¹⁴⁶ PERES, A. P. B.A Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro. Editora; renovar, 2006.

Desta forma temos a impossibilidade de fundamentação legal para a adoção por casais em união homoafetiva, esta lacuna que dificulta totalmente seu embasamento, afastando totalmente a possibilidade jurídica do caso. A lacuna a lei é real e não aparente definitiva e não provisória, sedo preenchida com recursos estabelecidos pelo Direito, que, por sua vez não apresenta lacunas¹⁴⁸.

Ao poder judiciário em questão foi reservada a total responsabilidade pelo futuro dano aos menores que poderão ser adotados, que pela incompletude do ordenamento jurídico e a insegurança¹⁴⁹. Contudo, não há um direito absoluto do juiz ao aplicar o direito, pois o direito não dá todo direito, e o seu uso não confere irresponsabilidade¹⁵⁰.

Contudo, a aplicabilidade de normas não regulamentadas, acarretaria a irresponsabilidade perante o judiciário brasileiro. Impossibilitando desta maneira a aplicabilidade por analogia e por princípios constitucionais ao caso concreto. Em que se tratando do princípio do melhor interesse da criança temos que ressaltar aspectos importantes, inerentes ao desenvolvimento infantil como: o direito a personalidade, incluindo-se a liberdade física e intelectual, a vida, o nome, o corpo, a imagem e a honra, que por sua vez na questão em análise são de certa forma não garantidos como a imagem e honra de uma criança em uma entidade familiar com estrutura esperada pela sociedade e uma entidade totalmente fora dos padrões éticos. Recebem também proteção especial conforme dispõe o art. 3º do Estatuto da Criança e do adolescente.

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

Importante, portanto também destacar que todos esses direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana de modo a ser permanentes, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, devendo garantir desta forma um

¹⁴⁷ PERES, A. P. B. A Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro. Editora; renovar, 2006, p.117

¹⁴⁸ Ibidem, p. 95

¹⁴⁹ HELENA, Maria. As Lacunas no Direito. São Paulo. Saraiva. 2000 p. 286

tratamento especial para o respeito a esses direitos sem qualquer prejuízo a doutrina da proteção integral¹⁵¹.

A integridade da criança se encontra, portanto ameaçada se olharmos a aceitação geral da sociedade moderna mesmo com as mudanças alcançadas, nos encontramos longe de uma aceitação pacífica de pais com sexos iguais, na criação de criança temos costumes a serem respeitados e ainda temos uma educação baseada na religiosidade, pois somos um país laico a apenas duas décadas, assim temos a incerteza da moralidade e integridade desde menor e a violação do melhor interesse da criança.

Portanto, o fato da criança e do adolescente serem sujeitos especiais, merecedores de atenção preferencial em todos os aspectos. Esse princípio serve como diretriz para a interpretação de normas visando à proteção da criança e do adolescente, tendo em vista a condição de atenção jurídica especial¹⁵², assim sendo por estar em fase de formação psicológica, ética e moral, conflitando com a ordem pública da sociedade onde esta inserida.

Apesar da corrente que defende a adoção por casais em união homoafetiva se valer do artigo 43 do Estatuto para dizer que um lar de casais que possuem o mesmo sexo apresenta consideráveis vantagens para o possível adotado, em vista da realidade econômica de nosso país, a condição dos menores marginalizados e ainda a superlotação dos abrigos. Não podemos esquecer que em um lar homossexual, aonde há possibilidades consideráveis de sofrer prejuízo à integridade moral devido a discriminação pelo meio social, inclusive pelos futuros colegas de classe, não se apresenta como reais vantagens e sim uma grande preocupação, sendo sempre preciso analisar de forma concreta as consequências que podem trazer à criança educada por casais em união homoafetiva¹⁵³.

O ordenamento jurídico existente juntamente com os princípios e a legislação determina como foco da adoção o bem estar do adotado, seja ele de qualquer idade, portanto a adoção de casais homossexuais pode acarretar em constrangimento ao menor adotado, pois, há a grande possibilidade de repúdio e de discriminação no

¹⁵⁰ Idem, p. 287.

¹⁵¹ ISHIDA, V. K. Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001 p. 27.

¹⁵² DELCAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. Estatuto da Criança e do adolescente. 3ed. São Paulo: Atlas 2007 p. 09

¹⁵³ BRANDÃO, D. V. C. Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed Revista dos tribunais, 2002 p. 97.

meio social. Um exemplo é o meio escolar em que a criança, nessa possível condição, pode sofrer chacotas dos colegas de classe. Não se pode inferir que o menor tenha inteligência emocional e psíquica para o enfrentamento da situação constrangedora¹⁵⁴.

Ressaltando assim que a colocação na família substituta tem por finalidade essencial a imitação da família propriamente dita natural, isto é, reconhecer o possível ambiente alternativo no mesmo patamar do natural. Desta forma não seria possível a permissão de adoção a parceiros que vivem em união homoafetiva, pois a definição de família natural pelo Estatuto e incontestavelmente na Constituição o que importa não é a homoafetividade e sim a comunidade formada pelo homem e pela mulher ou qualquer deles e seus descendentes. Argumentando assim mais uma vez a diversidade sexual para a composição da entidade familiar, a figura materna e paterna, aceitando a ausência de uma das figuras, ou seja, a família homoparental, mas não casais homoafetivos. Por certo, um lar homoafetivo seria incompatível com a natureza da medida¹⁵⁵.

¹⁵⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed Revista dos tribunais, 2002, p 98.

¹⁵⁵ DELCAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. Estatuto da Criança e do adolescente. 3 ed. São Paulo: Atlas 2007 p. 36

CONCLUSÃO

Ao estudar o instituto da adoção e seus aspectos jurídicos, com especial foco na modalidade por casais em união homoafetiva, se fez necessário à análise dos conceitos básicos, princípios e características gerais, bem como a incompletude no ordenamento jurídico, para que fosse possível obter um conhecimento aprofundado sobre o tema e assim estabelecer as ideias para argumentação, sendo indispensáveis a demonstração de afeto, carinho e amor.

Desta forma, foram também minuciosamente analisadas as considerações básicas do homossexualismo, com enfoque nos princípios constitucionais, além do que, foi identificada a falta de leis aprovadas em favor deste grupo social e demonstrou-se a dificuldade de considerar as uniões homoafetivas como entidade familiar. Em virtude desses obstáculos, encontra-se uma classe minoritária à margem das leis, a qual sofre discriminação e preconceito, não tendo seus direitos reconhecidos.

Destarte, a demonstração da falta de proibição legal quanto à possibilidade de adoção por casais em união homoafetiva em conflito com o melhor interesse da criança, sendo apresentado este conflito pelo choque de ideias da corrente favorável e da corrente contrária. Verificou-se a jurisprudência, que está desenvolvendo um papel muito importante na conquista dos direitos dessa parte da sociedade. Importante discussão se fez acerca da família substituta como, ideia central, de modo que foi identificada a dificuldade em definir o que se enquadra como melhor interesse da criança.

Percebe-se que apesar da legislação não estabelecer nenhum impedimento para que se defira a adoção por casais homoafetivos e não faça objeções ao adotante em virtude de sua orientação sexual, há ainda grande obstáculo ao deferimento desta modalidade de adoção, sendo esta barreira o preconceito social, ferindo o princípio constitucional da igualdade e dignidade da pessoa humana. Apesar do homossexualismo datar desde a existência da humanidade, ainda é uma questão que sofre discriminação e preconceito social em razão da postura tradicional

e conservadora da sociedade, dificultando assim o reconhecimento como entidade familiar merecedora da proteção estatal.

Observa-se que o preconceito social é o principal obstáculo para a aprovação direta dos pedidos de adoção por casais em união homoafetiva e também para a análise de demandas desta classe social minoritária que chegam ao judiciário.

Ressalta-se que a ideia central deste estudo foi à análise da possibilidade jurídica da adoção por casais que vivem em união homoafetiva, por esse motivo foi estudado a legislação e os princípios que regem o instituto da adoção e sobre a homoafetividade no tocante aos requisitos quanto ao adotante.

A importância da demonstração de que a tendência da norma é abrir o campo para receber novas modalidades de entidade familiar, como ocorrido com a união estável e a monoparentalidade. Portanto, percebe-se que há uma preocupação com a família, com a criança e o adolescente, tanto pela Constituição à família como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O objetivo desta pesquisa foi devidamente alcançado, sendo identificado como grande barreira o preconceito da sociedade, e a insegurança quanto à formação do possível adotado, tendo em vista a ausência de vedação legal à adoção por parceiros homoafetivos, ou seja, mesmo havendo na esfera jurídica a possibilidade do deferimento a este instituto na modalidade homoafetiva, ainda há empecilhos na esfera social, o qual se baseia a análises jurisprudenciais abordadas no terceiro capítulo.

Ressalta-se que está ocorrendo em diversas regiões do país, como demonstrado no último capítulo, em análise de julgados de regiões distintas, deferimentos de adoções a pessoas do mesmo sexo, por este motivo, esta equipe interprofissional deve acompanhar o desenvolvimento da criança no meio familiar homoafetivo, como devidamente analisado no REsp nº889852/RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, bem como no âmbito social trabalhando o aspecto psicológico da criança para ajudá-la a lidar com os obstáculos sociais e também a entender a finalidade da adoção homoafetiva, a qual ainda pouco conhecida é considerada uma medida protetiva que visa o melhor interesse da criança.

Destaca-se que a corrente contrária critica a adoção homoafetiva devido a possibilidade da criança sofrer constrangimento e discriminação, no entanto, deve-se pensar na situação dos “meninos de rua” e das crianças institucionalizadas, em que a própria situação que se encontram já é constrangedora e discriminatória. Sendo que, por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, as situações de risco não se coaduna com o melhor interesse da criança ou adolescente.

É sensato dizer que é melhor a colocação dessas crianças em um núcleo familiar aonde seja educada, recebam carinho, atenção e proteção, ainda que este núcleo seja homoafetivo, monoparental ou com entidade familiar diferenciada, do que deixá-las propícia a marginalidade.

A jurisprudência vem desenvolvendo papel importante nessa conquista, como devidamente demonstrado, é o meio pelo qual os casais homoafetivos vêm pleiteando seus direitos e conseguindo o alcance destes como no caso da adoção.

Disso tudo, portanto, identificou o instituto ainda como um tema politicamente polêmico, destacando assim a dificuldade da não regulamentação legal, tendo como parâmetro as jurisprudências, impondo ao magistrado, em face do caso concreto, a observância dos princípios constitucionais.

Desta feita, conclui-se a pesquisa desenvolvida identificou a possibilidade da constituição da adoção por pares em união homoafetiva, baseando-se sempre nos princípios constitucionais da Lei Maior, fazendo uma hipótese totalmente válida.

REFERÊNCIAS

Anthony Storr, *Devios sexuais*, Zahar.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília. Editora: UnB. 1999

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Ed Revista dos tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Artigo 1º, III. “a” dignidade da pessoa humana.

Cadastro Nacional de Adoção, Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acessado em: 01/10/2012.

Constituição Federal, Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acessado em: 01/05/2012

COSTA, T. M. M. L. *Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica*. 200. N. 1 nov. 2004. Disponível em: ([TTP://www.viannajr.edu.br/revista;dir/doc/art_10005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista;dir/doc/art_10005.pdf)). Acesso em: 30/09/2006.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

DELCAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do adolescente*. 3 ed. São Paulo: Atlas 2007.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. São Paulo. Saraiva. 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 – Artigo 28 A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Expressão cunhada pela autora na obra intitulada *União Homossexual: o preconceito e a justiça*.

FARIAS, Mariana de Oliveira. *Adoção por Homossexuais: a família homoparental sob olhar da psicologia jurídica*. Curitiba. Editora: Juruá. 2009.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana*. De Direito. São Paulo. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Belo Horizonte: DelRey, 2000

HELENA, Maria. As Lacunas no Direito. São Paulo. Saraiva. 2000.

ISHIDA, V. K. Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.

Josef Esser, *Principio y Norma em La Elaboración Jurisprudencial Del Derecho Privado*, Ed. Barcelona, 1961.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. 2 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

LEITE, George Salomão. Os Princípios Constitucionais. Melhoramentos. São Paulo. 2003.

MENDES, Cândido. Ordenações filipinas on-line. Disponível em: (<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>). Acesso em: 23/05/2010.

MORABGE, Jean. Direitos Humanos e Liberdades públicas. Manoele. Barueri. 2004

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

PERES, A. P. B.A Adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro. Editora; renovar, 2006.

RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Direito de Família. São Paulo Editora: Saraiva, 1993, V. 6.

ROUDINESCO, E. A Família em desordem. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

SANTINI, José Raffaelli. Adoção e Guarda. Belo horizonte. Editora: DelRey. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004.

SANTOS, Ozéias j. Adoção no Novo Código Civil. São Paulo. Editora: Vale do Mogi. 2003.

SILVA FILHO, Artur Marques da. O Regime Jurídico da Adoção Estatutaria. Editora: Revista dos Tribunais. 1997.

SILVA, José Luiz Mônico da. A Família substituta no Estatuto da Criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOARES, R. M. F.. O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Saraiva. São Paulo. 2010.

SZNICK, Valdir. Adoção. São Paulo. Editora: Universitária de Direito LTDA. 1999.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>. Acesso em: 27/08/2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 6 ed. São Paulo: Atlas 2006.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA

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 respeitadas 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.

15. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010(data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

RELATÓRIO**O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

1. LMBG requereu a adoção dos menores JVRM e PHRM, irmãos biológicos, nascidos em 07.09.2002 e 26.12.2003. Informa a requerente que vive em união homoafetiva com LRM desde 1998, e que sua companheira adotou judicialmente as crianças desde o nascimento.

Após a realização de minucioso estudo social do caso (fls. 13-17), a sentença julgou procedente o pedido, deferindo a adoção e determinando a inserção do sobrenome de LMBG nas crianças, “sem mencionar as palavras pai e mãe”, acrescentando ainda que “a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna” (fls. 24-35).

A apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi improvida, estando a ementa assim redigida:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam 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 aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME” (fl. 69).

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional. Alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de dissídio pretoriano. Requer o provimento do recurso, “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada” (fls 85-110).

Contrarrazões às fls. 134-148.

Os recursos especial e extraordinário foram admitidos na origem (fls. 150-151).

O parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo eminente Subprocurador Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, é pelo não-provimento do recurso, contando com a seguinte ementa (fls.159-167):

RECURSO ESPECIAL.

Adoção de filho adotivo de homossexual por sua companheira. Procedência do pedido. Apelação. Improvimento. RESP (CF. Art. 105, III, "a" e "c"). Alegação de ofensa aos arts. 1622 e 1723 do Código Civil, ao art. 1º da Lei 9.278/96 e ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Inocorrência. Apontado dissídio jurisprudencial não demonstrado. Parecer pelo não-conhecimento do recurso pela alínea "c" e improvimento pela alínea "a" do permissivo constitucional.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA

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.
15. Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. 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.

3. Além da peculiaridade antes realçada, uma outra observação inicial se impõe, ao tratar de tema tão importante.

É a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente. De fato, houve momento na história em que aparecer com tronco desnudo na praia era considerado obsceno, passível o autor de prisão em flagrante. Em tempos outros, o casamento interracial, nos Estados Unidos da América, era proibido em alguns estados da federação.

Destarte, 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, segundo penso, deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

Nesse passo, a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF) deita raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como leciona Fábio Konder Comparato, na obra “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Ed. Saraiva, p. 240:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

4. No caso dos autos, é adequada uma breve descrição fática da situação, com base nos elementos recolhidos pela assistente social Berenice da Silva, no laudo de fls. 13-17:

“L. de 39 anos e Lu. de 31 anos convivem desde 1998. Em abril de 2003 Lu teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004, foi deferida a adoção de J.V. Na época L. participou da decisão e de todo o processo de adoção, auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém é L. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

L. diz que é mais metódica e rígida do que Lu e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. I., mãe de L., a família aceita e apoia sua orientação sexual, “ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, L. os trata como filhos”. Coloca que L. e Lu se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de L. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e Lu (...)

Os meninos chamam L. e Lu de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses (...). A professora dele, L.B.F, informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. L. e Lu estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais dos alunos.

Observou-se que P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de Lu enquanto Lu e L. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.

Lu coloca que, até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos (...).

L. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com Lu e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que Lu. é autônoma e possui problemas de saúde. E ela já possui uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da Urcamp, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca: “a minha preocupação não é criar polêmica, mas resguardá-los para o futuro”.

L. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado às crianças. Se refere à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costumam limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V.

Avaliação:

L. possui relacionamento estável com Lu, mantendo a união homoafetiva há 7 anos. (...)

As motivações de L. são adequadas, pois se preocupa com a segurança futura das crianças. (...)

L. e Lu têm exercido a parentalidade com responsabilidade e atenção às necessidades das crianças, possuindo ambiente familiar harmônico e estruturado, sendo que L. é uma profissional atuante e reconhecida na comunidade. (...)

As crianças apresentam desenvolvimento aparentemente normal para sua faixa etária, estando plenamente integrados na família e comunidade, atualmente. (...)

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que L. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico”.

5. São dois os pontos cruciais para o deslinde da controvérsia submetida a julgamento: a) o primeiro, como antes mencionado, é a situação fática existente, em que a companheira da requerente já havia adotado regularmente as crianças desde o nascimento, e todos convivem em harmonia com a ora pretendente à adoção, porquanto a união de ambas existe desde 1998; b) o segundo, em um viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimentos das crianças,

nos quais antes constava apenas o nome da companheira que primeiro havia adotado.

5.1. Nesse particular, é bem de ver que a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor.

Com efeito, em se tratando de adoção de crianças, há vários interesses envolvidos – daqueles que pretendem adotar, dos menores, do Ministério Público, da sociedade em geral.

Todavia, 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.

Por isso mesmo, 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. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

5.2. Nesse passo, o acórdão recorrido, em análise detida sobre o tema, trouxe diversos estudos especializados (vale conferir, fls. 74-77), que, em resumo, “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”.

Em síntese, tais estudos mencionados pelo acórdão (por exemplo, da Universidade de Virgínia, da Universidade de Valência e da Academia Americana de Pediatria) são respeitados e com fortes bases científicas, indicando:

- “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir”;
- “nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social”;
- “o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino”;
- os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”;
- “as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta”;
- “não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais”;

- “educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais”;
- “a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto à criança cujos pais são heterossexuais”.

No caso específico dos autos, o Tribunal de origem entendeu, diante do relatório social anexado às fls. 13-17 e da constatação de estabilidade da família, que o pedido de adoção se mostrava favorável à apelada.

Eis o trecho respectivo (fls. 77-78):

“Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E, também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada.

Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13-17: (laudo já transcrito)”.

Foi esta também a conclusão do parecer do Ministério Público Federal:

Assim, sendo matéria fática indiscutível a absoluta inexistência de prejuízo no âmbito psicológico-emocional à criança, de cuja adoção se cogita, mas, bem ao contrário, maior segurança, maior amparo e maior afeto a ela reservado, encontra-se apta a recorrida à realização da adoção pretendida (fls. 161-166).

5.3. 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.

O acórdão recorrido ressaltou ser “hora de abandonar os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes”.

De fato, 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.

No caso dos autos, em que as crianças já estão vivendo com o casal desde o nascimento, tendo atualmente seis e sete anos de idade respectivamente, qualquer solução denegatória da adoção retirará das crianças o direito à proteção integral, porquanto contarão apenas com uma das parceiras figurando na certidão de nascimento.

A par de prejuízos de ordem material (sucessão, pensão, dentre outros) que serão acarretados às crianças com a negativa do pleito da autora, avulta-se a questão ética, moral, pois 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.

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. Estudam em colégio particular, como consta do relatório social, e não há qualquer preconceito em relação às outras crianças.

Ademais, releva notar que, se não for reconhecido o direito de adoção pela recorrida – que é tida como mãe pelas crianças –, e se a mãe adotiva LRM, sua companheira, vier a faltar, a ora requerente poderá perder o direito de convívio com os filhos, o que será traumático para os menores, que serão “órfãos de mãe viva”.

De outro lado, se a recorrida é que vem a falecer – sendo ela que possui melhores meios de manutenção da família, como preconizado pelas instâncias ordinárias, quando ficou registrado que a mãe adotiva é autônoma e tem problemas de saúde, enquanto a recorrida é funcionária pública, estável, professora universitária e saudável –, impedir a adoção significa deixar as crianças sem a proteção conferida pelos direitos sucessórios.

O mesmo problema se verifica se houver separação. Aqui a probabilidade de a recorrida perder qualquer direito de convívio com as crianças é ainda maior, pois será possível alegar que inexistente qualquer vínculo jurídico entre LMBG e as crianças, o que será prejudicial tanto para a recorrida como, principalmente, para os menores, e estes não terão direito sequer a alimentos.

Como se não bastasse, há efeitos práticos que independem da eventual separação ou da morte.

Caso deferida a adoção, as crianças terão automaticamente o direito de ser incluídas no convênio de saúde da recorrida, que conta também com vantagens para inclusão de filhos no ensino básico e superior, por ser professora universitária.

Por sinal, o plano de saúde da recorrida decorre, como consignado pelas instâncias ordinárias, do vínculo empregatício, em que geralmente são estabelecidas regras de inclusão de dependentes, não sendo, por isso mesmo, daqueles de livre pactuação no mercado, como quer fazer crer o recorrente.

5.4. A atitude da requerente, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. A adoção, quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, como no caso dos autos, é um gesto de humanidade, e LRM foi além, adotando duas crianças e delas cuidando. Os menores são, ainda, irmãos biológicos – e, segundo o 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 (fonte: Jornal Folha de São Paulo de 4 de agosto de 2009).

Na verdade, a fundamentação do recurso especial passa distante do ponto central da questão, qual seja, os interesses das crianças e, no que diz respeito ao caso concreto, insurge-se apenas quanto à situação das mães, por isso que o Tribunal de origem assinalou:

“Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente

ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?” (fl. 79-verso).

6. A doutrina acolhe a tese do acórdão.

Mormente em se tratando de situação já consolidada, como no caso dos autos, importante destacar a observação de Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia a respeito:

“Ora, se o que se busca com a adoção é o bem-estar da criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderíamos dizer que o não-reconhecimento das famílias compostas por pais/mães homossexuais e, assim, a impossibilidade da adoção por ambos os (as) parceiros (as) iria contra os princípios legais, já que facilitaria o fato de a criança se sentir diferente e discriminada. Assim, a criança poderia se sentir estigmatizada não por ser adotada por pessoas homossexuais, mas pela lei de seu país não considerar sua família como tal” (*Adoção por Homossexuais – A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, Ed. Juruá, p. 217).

Na mesma linha, confirmam-se Vera Lucia da Silva Sapko, *Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais*, Ana Paula Ariston Barion Peres, *A Adoção por Homossexuais – Fronteiras da Família Pós-modernidade*, Enézio de Deus Silva Júnior, *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*.

Por todos, vale transcrever a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, que, curiosamente, menciona exatamente o caso ora em exame, logo após o seu julgamento pelo Tribunal local:

A adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo foi objeto de reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos. A Sétima Câmara Cível, por unanimidade, confirmou a sentença de primeira instância proferida pelo Juiz Julio César Spoladore Domingos, da Comarca de Bagé, concedendo a adoção de dois irmãos, à companheira da mãe biológica. A decisão reconheceu como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Não identificando os estudos especializados qualquer inconveniente para que crianças fossem adotadas, e comprovado o saudável vínculo de afeto existente entre as crianças e as adotantes, destacou o ilustre Relator: “é hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, CF)”. Não se pode usar como argumento contrário à adoção por casal homoafetivo a impossibilidade do registro do filho. O art. 54 da Lei nº 6.015, de 1973, conhecida como “Lei de Registros Públicos”, dentre os elementos de identificação, indica os nomes e prenomes dos pais, e os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos. Nada impede a simples menção dos “pais”, atendida a ordem alfabética e respectiva filiação biológica (avós) (*Instituições de Direito Civil – Volume V - Direito de Família*, Ed. Forense, p. 422).

7. Ademais, como se sabe, e é possível constatar em rápida pesquisa à rede mundial de computadores, são vários países hodiernamente onde há previsão legal expressa permitindo a adoção por casais homossexuais, valendo destacar:

Inglaterra, País de Gales e Países Baixos. O mesmo ocorre em algumas províncias da Espanha, entre as quais Navarra e País Basco.

8. Destarte, 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.

9. Como reforço de argumentação, e no sentido de afastar, por outro aspecto, a tese jurídica do recorrente, que alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, vale recordar que, segundo penso, não existe proibição para o reconhecimento de qualquer união, desde que preenchidos os requisitos legais.

Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres.

O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (Lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

A matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

Nesse particular, leciona Vicente Rao:

“As lacunas do direito normativo, segundo Enneccerus, nos quatro casos seguintes se verificam:

(...)

2º. quando a norma é totalmente omissa: a) intencionalmente, porque o problema, ao sobrevir a lei, não se achava suficientemente amadurecido para a solução; b) ou, apenas, porque a solução não foi prevista; c) ou, ainda, porque a questão não chegou a ser praticamente suscitada até a superveniência da norma” (*O Direito e a Vida dos Direitos, Volume I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.456-458).

Como é de curial sabença, a lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico. Admite-se a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

“A analogia consiste no processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para leva-lá às hipóteses que a literalidade de seu texto

não havia mencionado” (*Instituições de Direito Civil, Volume 1*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.72).

Por outro lado, ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal.

Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que anos atrás em seus estudos jurídicos cunhou a expressão relação homoafetiva, adverte:

“A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.” (*Homoafetividade: o que diz a Justiça*, Editora: Livraria do Advogado, p.11-12).

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais, a norma inserta no artigo 4º da LICC, que dispõe:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Confiram-se os precedentes:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação.

Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa.

Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento,

como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades

de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Recurso especial provido.

(REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010).

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

(...)

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

(...)

(REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ de 02/10/2006).

A Suprema Corte também assim se manifestou, em decisão proferida pelo Ministro Celso Mello, quando analisou o pleito formulado na MC na ADIn 3.300/DF, DJ de 09/02/2006:

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DOA RT. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART.226,PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

(...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/RENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFERS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Em se tratando de benefícios previdenciários, o INSS editou a Instrução Normativa 25, que "estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual". Tal instrução, embora de caráter administrativo, sinaliza uma evolução no tratamento da matéria, ao se utilizar, expressamente, do termo união estável para as relações homoafetivas. É o que dispõe o artigo 3º: "A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos...".

Também a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – a “Lei Maria da Penha” -, estabelece no artigo 5º, parágrafo único, que “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

No julgamento do Recurso Especial 820.475/RJ, DJ de 11/05/2009, esta Corte entendeu pela possibilidade jurídica do pedido de declaração de união estável formulado por casal homossexual, ficando a ementa assim redigida:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Embora naquela oportunidade a Corte não tenha adentrado no mérito, afastando apenas a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, entendo que os fundamentos expendidos naquele voto podem aplicar-se ao caso concreto.

É que, ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para

adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família").

Por sinal, o acórdão recorrido foi claro em afirmar que, apesar de a união homoafetiva não constituir uma união estável, o tratamento jurídico a ser dado a ambas as situações deve ser idêntico. Confira-se o trecho respectivo:

“Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos”.

(...)

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento jurídico às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto”.

Nesse sentido também foi o pronunciamento do Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, registrou:

“Há de se ressaltar que a Lei, ao estabelecer que a união estável entre homem e mulher caracteriza entidade familiar, apenas teve a preocupação de também incluir esta forma de convivência na concepção de família, sem dela excluir, entretanto, as relações homoafetivas, agindo, portanto, com acerto o Tribunal de origem que, por analogia ao regramento vigente, entendeu ser o caso de lhes dar tratamento equivalente à união estável, sendo possível, portanto, a adoção conforme pleiteado”.

(...)

Portanto, quer se reconheça à união homoafetiva de que cuida este processo o caráter de união estável, quer se lhe reconheça a natureza de instituição a ela equivalente, não há como negar que caracteriza entidade familiar.

Também o E. Tribunal Superior Eleitoral, que congrega membros tanto do Pretório Excelso quanto dessa Corte Superior de Justiça, reconheceu, expressamente, que a união de duas mulheres, nas condições antes expostas, configura, efetivamente, relação estável “à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável de concubinato e de casamento”, a tal ponto que se submete “à regra de inelegibilidade prevista no artigo 14, § 1º, da Constituição Federal” (Respe nº 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em sessão em 1º.10.2004).

De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores.

10. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes regimentais, uma vez que a parte não procedeu ao indispensável cotejo analítico, exigência contida nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ. Tal circunstância

impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (20060209137-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, realmente a jurisprudência do STJ vem fortalecendo essa compreensão. Já julgamos processo, salvo engano, de V. Exa., em que admitimos a mudança de sexo no registro de nascimento. Em outro caso mais antigo, acredito que da relatoria do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, houve a posse e guarda da criança por uma das companheiras supérstites na relação. Admitimos também, em outro precedente, a divisão patrimonial entre um casal do mesmo sexo. Mais recentemente, a Terceira Turma admitiu, em relação ao direito à previdência complementar da pessoa que estava inscrita no plano, ainda que do mesmo sexo. De modo que a jurisprudência vem toda caminhando nesse sentido. E mais o precedente citado por S. Exa., no REsp. n. 820.475/RJ, admitindo a possibilidade jurídica de uma ação, embora tenha sido por maioria, é um precedente, e, como V. Exa. costuma enfatizar, e eu também valorizo muito, este é um Tribunal de precedentes, que firma teses. E naquele a maioria firmou que seria possível a ação declaratória de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Caminhando nesse sentido, estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, principalmente pela primeira parte da fundamentação quanto à necessidade de proteção maior, que é o direito à vida e à dignidade dos menores, que estão muito bem assistidos pelo casal em questão.

Já havia lido o voto e, agora, relendo-o, registro o meu elogio quanto à qualidade dos judiciosos argumentos apresentados por S. Exa., com quem estou de acordo.

Conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (20060209137-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator):

Sr. Presidente, a evolução da vida em sociedade, às vezes, traz-nos perplexidades nas suas inovações e evoluções.

Este caso não deixa de ser uma inovação que se estabelece na relação entre pessoas. O voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão é bastante claro, e não tenho dúvidas em acompanhá-lo, porém acrescento que o Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 11, do qual o Brasil é signatário, determina o respeito à dignidade da pessoa humana. Na verdade, em respeito a esta dignidade não se

justifica que as crianças fiquem em albergues ou patronatos, com tratamentos não condizentes na maioria das vezes ante a omissão do Estado, razão porque se impõe e é preferível que se admita a adoção, notadamente ante às razões justificadas no laudo dos "**experts**" produzidos em face a realidade.

Estou de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2006/0209137-4

REsp 889852/RS

Números Origem: 5656 6440 70013801592 70015438781 7002

PAUTA: 27/04/2010

JULGADO: 27/04/2010

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

Secretária

**RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)
VOTO**

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, gostaria de parabenizar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está um primor. O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos fez um estudo profundo, prudente e claro. É interessante observar que, nesse estudo todo, S. Exa. traz algumas informações importantes. Por exemplo, primeiro, que as duas vivem uma relação séria e estável. A assistente social chega a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade.

Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver.

Segundo ponto: não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos? Porque agora está assim, vêm com todo esse formalismo e apelo moral mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência. Aliás, ressalto importante aspecto que ouvi no voto segundo o qual as crianças chegam desses abrigos maltratadas, sempre com lesões e marcas. Que são reduzidas as chances de uma criança ser adotada após os quatro anos de idade..., porque, depois dos quatro anos, geralmente, não se encontra quem as adote, ficando fadadas a serem mantidas em patronatos até os dezoito anos, e o que é pior, com as consequências de convivências no mais das vezes negativas.

Terceiro, precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais heteros têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano. Dano causa a manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção. A adoção melhora, e muito, as condições de assistência médica e social; isso está positivado no acórdão recorrido.

Mais interessante, e que merece destaque, é a posição do acórdão, quando diz que o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao recorrer, é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais. A indignação fora acolhida do acórdão até pelo Ministério Público Federal, que fala ser nítido manter o interesse dos menores.

Então, como se trata do primeiro caso da Turma, devemos ter bem presente que estamos fixando uma orientação. Nesses casos, há de se atender sempre o interesse do menor. E o interesse dos menores aqui, diante da melhoria de sua situação social, é o da adoção.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)
ESCLARECIMENTO**

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, gostaria antecipadamente de responder a uma crítica. Às vezes, têm-nos assacado com a crítica de que estamos legislando em matéria de Direito de família. *Data venia*, lembro que toda construção de Direito familiar no Brasil foi pretoriana. A lei sempre veio *a posteriori*. Com o concubinato foi assim, com a união estável foi assim.

No caso, é preciso chamar a atenção para o seguinte: a lei não proíbe, ela garante o direito tanto entre os homoafetivos, como entre os heteros. Apenas lhes assegura um direito, não há vedação. Não há nenhum dispositivo que proíba, até porque uma pessoa solteira pode adotar. Então, não estamos aqui violando nenhuma disposição legal, mas construindo em um espaço, em um vácuo a ser preenchido ante a ausência de norma, daí a força criadora da jurisprudência. É exatamente nesse espaço que estamos atuando. Não estamos violando nenhum dispositivo. O Código Civil garante: homem ou mulher, casados podem.

Mas não diz que é vedado em momento algum. Então, é preciso entender normas de garantia e diferenciá-las de normas de proibição. E não há nenhuma norma de proibição.

Na minha visão, se estamos falando sobre aquilo que é melhor para a criança, é esse entendimento que deve prevalecer. Salvo entendimento contrário dos meus Pares, mas penso que devemos olhar sempre o interesse do menor.

Portanto, sinto-me muito tranqüilo para decidir aqui sem nenhuma sensação de invasão do espaço legislativo. É muito importante deixar positivado.