



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ALICE MOURÃO SANTANA

**A POSSIBILIDADE DE RETROCESSO JURÍDICO NO QUE
TANGE AO DIREITO DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS EM VIRTUDE DO DESARQUIVAMENTO
DO ESTATUTO DA FAMÍLIA**

Brasília

2015

ALICE MOURÃO SANTANA

**A POSSIBILIDADE DE RETROCESSO JURÍDICO NO QUE TANGE AO
DIREITO DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS EM VIRTUDE DO
DESARQUIVAMENTO DO ESTATUTO DA FAMÍLIA**

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

Orientador: Prof. Rodrigo Augusto de
Lima Medeiros.

Brasília

2015

ALICE MOURÃO SANTANA

**A POSSIBILIDADE DE RETROCESSO JURÍDICO NO QUE TANGE AO
DIREITO DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS EM VIRTUDE DO
DESARQUIVAMENTO DO ESTATUTO DA FAMÍLIA**

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

Orientador: Prof. Rodrigo Augusto de
Lima Medeiros.

Brasília, de de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rodrigo Augusto de Lima Medeiros
Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Melquizedeque e Lúcia, que estiveram sempre ao meu lado e não mediram esforços para que eu alcançasse meus objetivos. Eles que me possibilitaram cursar essa faculdade de Direito e depositaram toda confiança em mim, mesmo quando eu já não acreditava em mim mesma. Obrigada por todo o carinho e apoio e amor incondicional.

Dedico à minha irmã e melhor amiga, Laura, que me apoiou na escolha do tema do projeto e me fez seguir em frente com o trabalho quando todos pareciam rejeitar a matéria.

Ao meu namorado, João Thiago, por todo o carinho, amor e companheirismo que foram cruciais para que eu conseguisse forças para terminar este trabalho. Obrigada por me fazer sorrir todos os dias.

Ao meu orientador, prof. Rodrigo Augusto, pelos ensinamentos, disposição e paciência.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo traçar um paralelo entre o entendimento do judiciário e de parte do Congresso Nacional quanto ao significado de família: se abarcaria, ou não, as uniões homoafetivas e, portanto, se a elas concederia o direito à adoção. Tendo por objeto decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e o Projeto de Lei 6.583/13 e seus relatórios, torna-se possível a distinção dos argumentos contra e a favor dos direitos dos casais homoafetivos. Para que se entenda o posicionamento do judiciário perante esta questão, esclarece-se sua prerrogativa de valer-se da hermenêutica para atuar frente à incompletudes no ordenamento jurídico. Ainda, a compreensão do princípio da vedação ao retrocesso permite criar uma análise crítica quanto a insegurança jurídica que tem sido criada com a sobreposição das diferentes opiniões dos poderes legislativo e judiciário.

Palavras-chave: Família. União estável. Homoafetividade. Projeto de lei. Adoção. Retrocesso social. STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PROJETO DE LEI 6.583/2013 EM DISCUSSÃO NA CÂMARA FEDERAL: BREVE ANÁLISE DA TRAMITAÇÃO E DESDOBRAMENTOS.....	12
1.1. Sobre o Projeto e seu trâmite.....	12
1.2. O primeiro Relatório e sua discussão no tocante à Família Homoafetiva.....	15
1.3. O primeiro Relatório e sua discussão no tocante à Adoção.....	19
1.4. Das emendas ao substitutivo que dizem respeito à abertura da definição de família e a adoção homoparental.....	23
1.5. Do segundo relatório e o substitutivo em discussão nos dias atuais sobre o direito de adoção a casais homoafetivos.....	24
<i>1.5.1. Da mudança de relatoria e a igualdade da interpretação excludente.....</i>	<i>24</i>
<i>1.5.2. Das emendas ao segundo substitutivo.....</i>	<i>24</i>
<i>1.5.3. Das votações e da suposição de tramitação futura.....</i>	<i>25</i>
2. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA.....	27
2.1. Compreensão da homoafetividade.....	27
2.2. Família: cédula básica da sociedade civil.....	28
<i>2.2.1. A nova família.....</i>	<i>29</i>
<i>2.2.2. O reconhecimento da entidade familiar constituída por casal homoafetivo.....</i>	<i>32</i>
2.3. Retrocesso: desconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.....	33
<i>2.3.1. A ADPF n.º 132 e a ADI n.º 4277 - STF.....</i>	<i>34</i>
3. ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS.....	38
3.1. Adoção: generalidades.....	38
<i>3.1.1. Evolução do instituto na história jurídica brasileira.....</i>	<i>39</i>

3.1.2. Cadastro Nacional de Adoção.....	41
3.1.3. Requisitos para a adoção.....	42
3.1.4. Adoção unilateral.....	46
3.1.5. A incompletude do ordenamento jurídico.....	47
3.2. Possibilidade de adoção por casais homoafetivos.....	47
3.3. Retrocesso: vedação ao direito de adotar aos casais homoafetivos.....	47
3.4.1. Recurso Especial n.º 1281093/SP - STJ.....	48
3.4.2. Recurso Extraordinário n.º 846.102 - STF.....	49
CONCLUSÃO.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	51

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF - Constituição Federal

DCA - Direito da Criança e do Adolescente

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

ESB - Emenda ao Substitutivo

PL - Projeto de Lei

RICD - Regimento Interno da Câmara dos Deputados

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

No Brasil, o estabelecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo tem gerado grande controvérsia, vez que os preceitos constitucionais com competência para delimitar o tema têm sido aplicados de formas diferentes pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo.

Para o Judiciário, o artigo 227 da Constituição Federal, que versa sobre a conceituação de família, é insuficiente para representar os distintos arranjos familiares em nosso país. Isso porque a literalização do dispositivo, segundo a Suprema Corte, segrega esses arranjos plurais e impede o legislador atual de evoluir sobre o tema e assegurar, conforme objetivo principal de nossa Carta Magna, os direitos fundamentais em sua completude.

Nesse sentido, e buscando também o aprimoramento da própria jurisprudência para o futuro, o Supremo Tribunal Federal interpretou que, cumpridos os requisitos legais para o reconhecimento da união estável pelos casais homoafetivos, a eles também será atribuída a condição de família.

Todavia, as alas mais conservadoras do Congresso Nacional acreditam na imutabilidade do conceito de família tradicional, qual seja, formado por um homem e uma mulher. E ao mesmo tempo em que defendem a necessidade de conceder proteção especial, à luz da Constituição, para a família, excluem a possibilidade de abarcar, via legal, os arranjos familiares formados por casais homoafetivos e, conseqüentemente, acreditam que não devem ser atribuídos a estes os mesmos direitos e proteções especiais.

Isso traria aos casais homoafetivos, conforme exposto no presente trabalho, além da perda de alguns direitos - como por exemplo os que tangem o regime sucessório - uma complicação para o já adquirido direito de adoção.

Desta forma, uma saída encontrada pelos conservadores para frear a interpretação do STF e o que estes consideram ser uma forma paralela de legislar a respeito do tema, a ala conservadora negou a inclusão dos direitos familiares aos

pares homoafetivos no Projeto de Lei 6583/13, o Estatuto da Família, desarquivado em 2014 e objeto do presente estudo.

Há, com isso, uma retrocessão ao avanço jurisprudencial e a tentativa de paralelamente negar alguns direitos sociais a determinada parcela da população. Este retrocesso, portanto, derivado do desarquivamento do PL 6583/13 é tomado como hipótese deste trabalho. Ora, se é dever do STF atuar sobre as lacunas da Lei, de forma, entre outros, a dar atualidade social aos preceitos da Carta Magna, o Congresso irá - com a aprovação do Estatuto - bater de frente com a reconhecida e necessária evolução das leis no Brasil.

O objetivo desta monografia é expor um cenário de desarmonia entre um STF que versa pelo progresso sobre este tema, e uma parte de expressão do Congresso Nacional que busca se ater ao tradicionalismo.

O capítulo 1 deste trabalho se valerá da exposição do conteúdo do Projeto de Lei n.º 6.583/2013, a compreensão do seu trâmite e procedimentos. Ainda, explanará os argumentos dos relatores na tentativa de rechaçar as decisões do Supremo, e o posicionamento de alguns congressistas que, a partir de emendas, procuram defender os direitos dos casais homoafetivos.

No capítulo 2, para compreender em que se pautaram as decisões do STF que conferiram identidade familiar a pares homoafetivos, será estudada a evolução da família na história jurídica brasileira e serão analisados os votos dos ministros do STF e suas fundamentações.

Entremeado ao disposto acima, estará também a argumentação da importância social da não aprovação do Estatuto da forma como está (excludente) aos adotantes e adotados, tendo como foco o desenvolvimento da sociedade. O princípio da vedação ao retrocesso social será explicado, portanto, para esclarecer a afronta que é o desarquivamento do Projeto de Lei em apreço ao avanço jurídico brasileiro.

Por fim, no capítulo 3, para compreender a posterior decisão do STF que conferiu o direito de adotar às famílias homoafetivas, será fundamental que se conheça melhor o instituto da adoção, sua origem, o avanço das legislações

reguladoras do instituto, o objetivo do legislador e os requisitos para adoção. Assim será possível entender como os direitos dos casais homoafetivos, conjugados com os direitos dos adotados, se encaixam e se permitem dentro do atual contexto jurídico brasileiro.

1. PROJETO DE LEI 6.583/2013 EM DISCUSSÃO NA CÂMARA FEDERAL: BREVE ANÁLISE DA TRAMITAÇÃO E DESDOBRAMENTOS

No início deste ano foi desarquivado, pelo presidente da Câmara Federal, Eduardo Cunha, o projeto de lei n.º 6.583/2013, também conhecido como o Estatuto da Família. Este projeto, suportado pela bancada evangélica, define como entidade familiar apenas aquela formada entre homem e mulher, e, dentre outras determinações, pode ter o potencial de proibir a adoção de crianças por casais homoafetivos.

1.1. Sobre o Projeto e seu trâmite

O Projeto de Lei nº 6.583 de 2013, conhecido como Estatuto da Família, é de autoria do deputado federal Anderson Ferreira (PR-PE) e traça obrigações e diretrizes para que o Estado cumpra o direito das famílias, conforme a Constituição Brasileira. O assunto da proposta causa polêmica porque, entre outros dispostos, em seu artigo 2º, delimita como família apenas o casal formado por homem, mulher e seus descendentes, e também algum dos parentes ainda que sem cônjuge, excluindo, desta forma, a possibilidade de conferir identidade familiar à união entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O projeto foi apresentado em Plenário no dia 16 de outubro de 2013 e encaminhado à Mesa Diretora da Câmara, de onde no dia 30 de outubro de 2013, o então presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN) encaminhou-o às comissões:¹

- Comissão de Direitos Humanos e Minorias;
- Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado;

¹ Informação constante no sítio: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1171642.pdf>. Acesso em 19/06/2015.

- Comissão de Educação;
- Comissão de Seguridade Social e Família; e
- Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Sob normas regimentais, como o projeto foi encaminhado a mais de três comissões de mérito, o presidente Henrique Alves determinou, à época, a criação de uma Comissão Especial² para analisar a proposição (art. 34, II, do RICD³).

No dia 5 de fevereiro de 2014 foi criada a Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 6.583/2013. O grupo foi composto por 23 membros titulares, 23 membros suplentes, e mais um titular e um suplente atendendo ao rodízio entre as bancadas não contempladas (§§ 1º e 2º do art. 33 do RICD⁴). Em seguida foi definido o presidente da comissão: deputado federal Leonardo Picciani (PMDB-RJ).

Em 25 de março de 2014, o presidente Henrique Alves designou todos os membros desta comissão, que teve sua primeira reunião agendada para 26/03/2014, às 14h30, no Plenário 02 do Anexo II da Câmara dos Deputados. Em 2 de abril de 2014 foi instalada, de fato, a comissão.

No dia 09 de abril de 2014, a Comissão designou como relator à matéria o deputado federal Ronaldo Fonseca (PROS-DF). Vale destacar que Ronaldo Fonseca é pastor e presidente da Assembléia de Deus de Taguatinga/DF, logo, membro ativo da conhecida Bancada Evangélica do Congresso Nacional.

² Informação constante no sítio: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1224598.pdf>. Acesso em 19/06/2015.

³ " Art. 34. As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre:

II – proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada."

⁴ "Art. 33. As Comissões Temporárias são:

I – Especiais;

§ 1º As Comissões Temporárias compor-se-ão do número de membros que for previsto no ato ou requerimento de sua constituição, designados pelo Presidente por indicação dos Líderes, ou independentemente desta se, no prazo de quarenta e oito horas após criar-se a Comissão, não se fizer a escolha.

§ 2º Na constituição das Comissões Temporárias observar-se-á o rodízio entre as bancadas não contempladas, de tal forma que todos os Partidos ou Blocos Parlamentares possam fazer-se representar."

Consta no relatório do Deputado Ronaldo Fonseca que na comissão foram tratados e debatidos os seguintes assuntos: família, adoção, políticas públicas de saúde, políticas públicas de internação compulsória, políticas de segurança pública direcionadas à família, conforme trecho a seguir:

*"1) conceitos de família e importância da família para a sociedade; 2) adoção: atual legislação, estatísticas e importância do terceiro setor nesse cenário; 3) políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde, Programa Saúde da Família, cadastramento de entidades familiares, criação de núcleos de referência com profissionais especializados na área de psicologia e assistência social, atendimento em instituições filantrópicas através de convênio com o poder público e atendimento domiciliar, assistência à gravidez na adolescência; 4) políticas públicas de internação compulsória e a importância da família nesse contexto, priorização de ações voltadas para proteção das famílias em situação de risco, vulnerabilidade social e que tenham em seu núcleo membros considerados dependentes químicos; recentes ações do Governo; 5) políticas de segurança pública direcionadas à entidade familiar abordando integração com as demais políticas voltadas à família; a prevenção e enfrentamento da violência doméstica; a promoção de estudos e pesquisas e a obtenção de estatísticas e informações relevantes para subsidiar as ações de segurança pública e permitir a avaliação periódica dos impactos das políticas públicas quanto às causas, às consequências e à frequência da violência entre membros das entidades familiares."*⁵

As discussões da Comissão Especial ocorreram como manda o regimento, com apresentação de pedidos de audiências públicas, convite e comparecimentos de diversas autoridades e requerimentos de apenses. Em 17/11/2014, a deputada federal Erika Kokay (PT-DF) apresentou requerimento de apensação n.º 10819/2014 para que o projeto de Lei citado fosse apensado ao PL n.º 2.285/2007, do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro - mais completo que o posterior.

No entanto, o requerimento foi indeferido pelo presidente:

"Indeferido o Requerimento n. 10.819/2014, conforme despacho do seguinte teor: "Indefero o pedido de apensação contido no Requerimento n. 10.819/2014, nos termos do parágrafo único do art. 142 do Regimento Interno

⁵ Informação constante no sítio: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1287153.pdf>. Acesso em 19/06/2015.

*da Câmara dos Deputados, uma vez que o Projeto de Lei n. 2.285/2007, que tramita apensado ao Projeto de Lei n. 674/2007, sob o regime de deliberação conclusiva, já recebeu pareceres das Comissões incumbidas de examinar seu mérito. Publique-se. Oficie-se."*⁶

Vale destacar que a iniciativa da deputada Erika Kokay em apensá-lo ao projeto preexistente - n.º 2.285/2007 - advém de sua inclinação pela defesa dos direitos dos casais homoafetivos, visto que a proposição anterior garantiria direitos mais "libertários" e que contrastam com as opiniões da bancada evangélica na Casa, como explicitado no capítulo IV, art. 68 do texto:

*"É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se: I – guarda e convivência com os filhos; II – a adoção de filhos; III – direito previdenciário; IV – direito à herança".*⁷

A recusa política pode ter partido de uma concepção religiosa e moral do próprio presidente da Comissão, amparado pelos preceitos regimentais, mas aparentemente alinhado à discursiva da bancada evangélica.

1.2. O primeiro Relatório e sua discussão no tocante à Família Homoafetiva

Em seu relatório sobre o PL n.º 6.583/2013 - apresentado no mesmo dia da recusa ao requerimento de apense da deputada Erika Kokay - o deputado Ronaldo Fonseca determinou o apensamento do PL original ao Projeto de Lei n.º 6.584/2013, de autoria do próprio criador da proposição principal, que busca instituir a "Semana Nacional da Valorização da Família", e a tramitação conjunta de emenda apresentada pelo Deputado Marcos Rogério (PDT-RO), que "torna obrigação do Estado, da sociedade e do Poder Público, em todos os níveis, a efetivação do direito

⁶ Informação constante no sítio: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=597005&st=1. Acesso em 19/06/2015.

⁷ Informações constantes no sítio: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B1648AF4882B3D0DB372387DAABD7B17.node1?codteor=831261&filename=Avulso+-PL+674/2007. Acesso em 19/06/2015.

à vida desde a concepção, modificando o art. 3º do projeto" ou, em outras palavras, tornaria o aborto terminantemente proibido.⁸

Em seu voto, o relator afirmou não ter notado vícios constitucionais na composição do PL n.º 6.583/2013 e seu apenso, o PL n.º 6.584/2013; também não enxergou vícios de constitucionalidade formal e material nas matérias, bem como à emenda proposta.

No parecer do voto, foi categórico em se prostrar contrariamente ao parecer do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, considerou, sob técnica da "interpretação conforme a Constituição", que vige um conceito de família formada por pares homoafetivos.⁹

Segundo Ronaldo Fonseca, o *caput* do artigo n.º 1.723 do Código Civil¹⁰ foi interpretado pela Suprema Corte de forma equivocada, infringindo este assim, de certa forma, o artigo n.º 226 da Constituição Federal¹¹ que acredita não ser flexível sobre o tema.

"O nosso voto não tem a pretensão de confrontar sistematicamente a decisão do STF, mas com todo respeito ao Excelso Tribunal, ficarei restrito ao mandamento constitucional do art. 226 e seus parágrafos, por entender que a decisão de criar a "família homoafetiva" não foi interpretativa, mas inovou, criando lei, data vênica, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional. Por outro giro, não se pode modificar texto constitucional por lei ordinária, restringindo assim este relator, a ficar adstrito à literalidade do texto

⁸ Informações constantes no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1256901&filename=EMC+1/2014+PL658313+%3D%3E+PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

⁹ Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF.

¹⁰ "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

¹¹ "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

constitucional. Tenho consciência das transformações sociais e culturais que proporcionam a existência de diferentes arranjos familiares, já atendidos pela Constituição, o que não se pode dizer das tais "famílias homoafetivas". Neste sentido, faz necessário diferenciar FAMÍLIA das RELAÇÕES DE MERO AFETO, convívio e mútua assistência; sejam essas últimas relações entre pessoas de mesmo sexo ou de 9 sexos diferentes, havendo ou não prática sexual entre essas pessoas".

O deputado relata ainda que as relações consangüíneas entre pais e filhos geram obrigações e direitos, e também o conceito que chama de "paternidade responsável - um pressuposto inafastável da família". Segundo ele, a determinação do artigo n.º 227 da Carta Magna explicita o óbvio:

"É óbvio, mas necessário dizer, só ser possível a geração conjunta de novos cidadãos da união do homem com a mulher e, apenas dessa instituição, a família, que o Estado teria justificativa de exigir conjuntamente e pessoalmente o cumprimento do dever do art. 227 e de conferir ESPECIAL proteção do Estado".¹²

Segundo o relator, somente com a união do homem com a mulher haverá a formação de um papel social que dá base à sociedade sobre a qual discorre a Constituição. Logo, podemos concluir que este - representando a forte bancada evangélica do Congresso Nacional - acredita que o casal homoafetivo não tem um "relevante papel social em gerar e criar filhos" e que, por isso, não deve receber a devida proteção especial do Estado.

O relator se aporta no argumento de que as relações homoafetivas, por não gerarem biologicamente filhos, são "relações de mero afeto".

"Em verdade, não justifica ao Estado subsidiar início de nova relação de dependência econômica entre adultos; se dela não se prever exercício do relevante papel social da família em gerar e criar filhos. Só deve haver ESPECIAL proteção para aqueles que tiverem atributos diferenciados em prol da continuidade sustentável da própria sociedade. O que não impede a associação de pessoas para o convívio com base no mero afeto".¹³

¹² Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

¹³ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

O deputado, no entanto, não se restringiu a limitar a proteção do Estado para com a família, impedindo a entrada de um novo conceito - família homossexual -, mas também afirmou categoricamente, em seu relatório, que ampliar a jurisprudência vigente e obrigacional da família aos casais homoafetivos geraria:

"a) enriquecimento sem causa por não se presumir deles o ônus de ser base da sociedade; b) discriminação contra o indivíduo não integrante desse tipo de relação; pois haveria o gozo de direitos especiais não extensíveis a todos; não sendo justo obter subsídio Estatal pelo simples fato de conviver com outrem, ao contrário; c) injustiça, pois em nada estaria reconhecida a relevância e o reconhecimento do papel da união do homem e da mulher como sustentáculo da sociedade, razão da existência de especial proteção".¹⁴

Um outro interessante ponto em seu relatório é a alegação de que já existe, no ordenamento jurídico atual, instrumentos para que os membros de uma "relação de mero afeto" os formate da maneira que desejarem. Segundo ele, "o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária".

Essa premissa, no entanto, visivelmente exclui o enfoque sociológico da decisão do STF supracitada neste trabalho monográfico, a ADPF n.º 132-RJ pela ADI n.º 4.277-DF, que preza pela defesa dos princípios constitucionais previstos no artigo 5º, caput, da Constituição Federal: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)".

O próprio relator da matéria é um tanto paradoxal no que diz respeito à sua argumentação contrária à união e a adoção homoafetivas. Ele expõe que o Poder Judiciário, por vezes, "não se prende às razões históricas e fáticas da existência do direito". Ora, conforme exposto no Referencial Teórico deste trabalho, é justamente pela observância histórica da construção legal que se tem a necessidade de valer-se da análise.

¹⁴ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

Outra incongruência nos argumentos relatados se dá quando o relator supõe um possível prejuízo orçamentário devido à concessão de direitos e benefícios a casais homoafetivos, porém sem embasar sua argumentação com quaisquer projeções numéricas que corroborassem com a assertiva. Apenas expõe que a sociedade aceitou tal comportamento - relacionamento de mero afeto e convívio - e admite tal prática como normal, sem que tenha criado um "novo papel social" que possa ser identificado.

"No caso específico, na extensão da proteção do Estado às relações de mero afeto, há também o inconveniente de se direcionar mais recursos para adultos em detrimento do que pode ser alocado em políticas de assistência e proteção de crianças e adolescentes, motivo da existência de proteção especial à família".¹⁵

No que concerne ao escopo da pesquisa, o próprio deputado argumenta que a criança é o real objeto de proteção do Estado nesta questão, em detrimento de uma chamada "satisfação cerimonial aos nubentes", composta de benefícios injustificados. Outra vez há um paradoxo na vontade do bem-estar dos infantes, já que o relator não comprova eventual prejuízo da prática de adoção por casais homoafetivos ou propositalmente ignora o caráter positivo deste tipo de adoção para a própria criança.

Ainda que haja uso e exposição clara e concisa sobre o § 3º do mencionado dispositivo da Carta Magna ("para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem a mulher como entidade familiar, devendo a Lei facilitar sua conversão em casamento"), há na argumentação - como citado anteriormente - um descaso com a necessidade de atualização da própria Constituição.

O que parece forçado, visto que o objetivo da mecânica processual da Câmara dos Deputados e do Senado Federal é justamente o de criar e emendar, além de modificar o que rege o ordenamento jurídico atual.

Prova cabal de que a concepção religiosa do relator afeta seu parecer é a alegação que, apesar de a religião não ter inventado o conceito de família, esta é

¹⁵ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

reconhecida nas religiões como sendo "algo essencial à sociedade", e que, por isso, deve ser empregada esta interpretação com base no respeito à opinião da população que "considera como família o centro do ensino, desenvolvimento e orientação do indivíduo sobre a proteção de Deus". Sob contradições ainda, o relator profere que a decisão do Supremo Tribunal Federal advém do conceito de família enquanto "lugar de felicidade", e argumenta contrariamente afirmando que "família é família, ainda que sem afeto ou felicidade".¹⁶

1.3. O primeiro Relatório e sua discussão no tocante à Adoção

O relator levanta e embasa em seu relatório o instituto da adoção de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre prostrando-se contrário a quaisquer benefícios possivelmente concedidos a casais homoafetivos.

Segundo ele, o Estado deve se fazer presente para assegurar o bem estar do infante. E, mesmo tendo condenado, de certa forma, a decisão do STF por achar que este estaria "inovando" ao invés de "interpretando e aplicando" a Lei, não seguiu a própria linha de pensamento.

Isso porque alega que a criança deve ser adotada seguindo o pressuposto de que perdeu pai e mãe - ou pai, ou mãe - e deverá encontrar, em outro lar, as mesmas figuras perdidas e necessárias para seu pacífico e progressivo desenvolvimento moral. Segundo afirma, à criança - nas relações ditas "de mero afeto" (em especial as homoafetivas) - permaneceria a ausência da figura do pai, ou da mãe.

Porém o relator se contradiz novamente ao pleitear a possibilidade de adoção monoparental, sem ônus à criança adotada:

"Importa dizer que a adoção por solteiro ou por uma única pessoa, não teria esse condão contrário à plenitude do interesse da criança e teria o paralelo com a família monoparental. Lembra-se, no entanto, que, em qualquer caso, a concretização da adoção deve se subordinar ao interesse e atendimento da

¹⁶ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

*criança, sendo obrigação das autoridades envolvidas fazer avaliação disso em seu deferimento."*¹⁷

A base de seu argumento sob o conceito de adoção é a de que a criança está sentimentalmente ligada à condição tradicional de família e não pode ser transferida de estrutura para outra, que diz ser "anômala". Pesa ainda mais o caráter tradicionalmente heterossexual e patriarcal de sua argumentação o fato de alegar que "o advento da concessão pelos Tribunais da 'adoção homoafetiva', desconsidera o fato de que o tema dos pares homossexuais formando famílias ainda não está pacificado na sociedade. Trazer a criança para o meio de um furacão é no mínimo desprezo à proteção dos direitos desse menor, que sofrerá consequências enormes".¹⁸

Ora, se é reconhecido o tal "furacão" por parte de uma suposta não aceitação pública - na sociedade cristã e tradicional -, é dever especial do Legislativo pacificar as questões, aprovando temas e debatendo de forma maleável direitos alheios aos de seu próprio interesse, para que a sociedade possua tolerância tal que acalmaria e tornaria menos danoso à própria sociedade as questões de minorias - como o caso da adoção dentro da questão homoafetiva.

Essa desconstrução, como é feita no presente trabalho, visa justamente amenizar o "furacão" supracitado e tornar o país um lugar de reconhecida tolerância em todos os aspectos, já que manter um status quo de caráter homofóbico seria, como exposto, reconhecidamente degradante e prejudicial ao andamento da sociedade, da garantia dos direitos humanos e do cumprimento de nossa Constituição Federal.

Argumentos como os que seguem na retórica do relator são tidos como clássicos, infelizes e dotados de preconceitos aos olhos dos defensores da causa LGBT. Segundo o deputado, a Organização Mundial de Saúde não executou estudos científicos "cabais" que embasassem a retirada do "homossexualismo" do

¹⁷ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

¹⁸ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

rol de doenças e a inclusão deste termo como fruto de comportamento normal. O relator não embasa factualmente - ou numericamente - tais acusações.

Segundo ele - e novamente, dotado apenas de empirismo - é potencialmente arriscado deixar que casais homoafetivos adotem crianças, pois a ciência ainda avança nos estudos sobre a condição homossexual como sendo distúrbios de comportamento.

Por fim, há um ininteligível argumento pró-Estatuto da Família que se dá quando o relator evoca o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) para embasar a impossibilidade de adoção por pares homoafetivos:

"Por outro giro, não se pode admitir o Instituto da adoção voltado tão somente a atender os desejos do adotante, ao contrário, deve prevalecer em qualquer pleito, quer seja de pares homossexuais ou casais héteros, o interesse absoluto em atender os direitos da criança ou adolescente. Dos arts. 39 a 52 do ECA (com as modificações da Lei 12.010 0), temos tais exigências legais e a do art. 3, com efeito, é a mais relevante: "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". Em direção semelhante, o art. 1. 2 do Código Civil prevê que "somente será admitida a adoção que consistir efeito benefício para o adotando".¹⁹

Há novamente um empirismo injustificado que este trabalho monográfico tem como objetivo desconstruir - em prol do avanço dos direitos dos casais homoafetivos e dos próprios adotados - onde o próprio autor do relatório "evangélico e tradicional" de um projeto oriundo de bancada "evangélica e tradicional" se contrapõe em diversos pontos.

Ao evocar o ECA o deputado Ronaldo Fonseca dá razão ao pleito pró-LGBT de adoção e dos direitos da criança adotada, já que, conforme será demonstrado neste trabalho, a adoção homoparental é empiricamente benéfica para adotantes e adotados - em proporção ainda maior para adotados.

¹⁹ Informação constante no sítio: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287153&filename=Tramitacao-PL+6583/2013. Acesso em 19/06/2015.

1.4. Das emendas ao substitutivo que dizem respeito à abertura da definição de família e a adoção homoparental

Como já analisado até aqui, a deputada Érika Kokay prostrou-se favorável ao reconhecimento da causa LGBT nos quesitos família e adoção. E para fazer esta defesa propôs, em 28 de novembro de 2014, 11 (onze) emendas ao Substitutivo do Projeto de Lei (ESBs), das quais 5 (cinco) evocam a proteção deste direito à causa homoafetiva, conforme exposto abaixo:

A. ESB 1 / PL6583/13 (Modificativa) – Para alterar o artigo 1º do Substitutivo buscando, conforme disposto na emenda, “adequar a redação do Substitutivo oferecido ao projeto de lei ao conceito de família já consagrado em decisão do Supremo Tribunal Federal, que já interpreta a Constituição no sentido de considerar a união homoafetiva como constitucional e de assegurar-lhe, para fins de direito, isonomia de tratamento com as famílias constituídas pela união heterossexual”.

B. ESB 2 / PL6583/2013 (Modificativa) – Para alterar o artigo 2º do Substitutivo buscando adequar a redação do substitutivo ao já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, para “ajustar o conceito de entidade familiar para alcançar os mais diferentes arranjos plurais de entidades familiares existentes atualmente na sociedade brasileira”.

C. ESB 5 / PL6583/2013 (Modificativa) – Para alterar o artigo 5º do Substitutivo, buscando assegurar aos diferentes arranjos plurais de entidades familiares existentes da sociedade brasileira o “respeito integral aos seus direitos e protegê-los contra todas as formas de violência, discriminação, preconceito ou crueldade”.

D. ESB 9 / PL6583/2013 (Supressiva) – Para suprimir o artigo 13º do Substitutivo, buscando “afastar a valorização de um único tipo de família”.

E. ESB 10 / PL6583/2013 (Supressiva) – Para suprimir o artigo 16º do Substitutivo, no intuito de evitar quaisquer tratamentos discriminatórios no tocante à representação familiar de forma plural, em fins de adoção ou de qualquer outra natureza.

Como já se pode imaginar, as emendas acima foram completamente rejeitadas pelo então relator da matéria.

1.5. Do segundo relatório e o substitutivo em discussão nos dias atuais sobre o direito de adoção a casais homoafetivos

1.5.1. Da mudança de relatoria e a igualdade da interpretação excludente

Com a nova legislatura, que se iniciou em 2015, a relatoria da matéria na Comissão Especial passou aos cuidados do deputado Diego Garcia (PHS/PR), que, em linhas gerais, manteve a mesma retórica do deputado Ronaldo Fonseca no que diz respeito à adoção de crianças por casais homoafetivos, ou seja, a negação desta no Estatuto da Família, oriunda da interpretação de que relacionamentos homoafetivos – ainda que de longa duração e comprovadamente estáveis – não poderão ser chamados de instituição familiar.

Seu relatório contemplou, nesse sentido, a mesma definição de família como sendo “a união entre homem e mulher por meio de casamento ou união estável, ou o núcleo formado por um dos pais mais os filhos”. E disso feito, foi produzido o novo substitutivo ao PL n.º 6.583/13.

1.5.2. Das emendas ao segundo substitutivo

O deputado Bacelar (PTN/BA), também defensor do direito LGBT à família e a adoção, protocolou emenda a este substitutivo, que diz respeito à definição para composição familiar.

“Altera o art. 2º do Substitutivo e propõe um novo conceito para ‘entidade familiar’, definindo-a como o núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos, originados pelo casamento, união estável ou afinidade”. (EBS 1/2015 PL6583/13).

A emenda foi rejeitada pelo novo relator por conter, segundo ele, “inconstitucionalidade material”. Desta forma, o deputado argumentou a mesma

retórica de todos aqueles que se opõem ao reconhecimento do casal homoafetivo como sendo base familiar: “Destaco, ainda, que relações de mero afeto não precisam e não devem ser tuteladas pelo direito de família, pois hoje tais relações são verdadeiramente livres e gozam de autotutela” (deputado Diego Garcia, 17 de setembro de 2015).

O deputado afirma não haver “conjugalidade” e “filiação” nas relações entre seres homoafetivos, sendo que, esta segunda, salvo em caso específico, não poderia ser desfeita, porquanto as relações conjugais sim.

Ao votar pela rejeição da emenda, o deputado se restringe ao disposto no art. 226 da Constituição Federal, deixando à deriva o que foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, pois afirma que esta decisão não teria sido interpretativa, senão inovadora. Desta forma, segundo ele, o STF “usurpou a prerrogativa do Congresso Nacional” em legislar. De forma elucidativa, finaliza o relatório dispendo sobre o princípio da hierarquização das normas constitucionais, onde uma lei ordinária não pode modificar o texto constitucional, defendendo que, justamente por este motivo, em nada revoluciona, apenas mantém-se adstrito à literalidade do texto constitucional.

1.5.3. Das votações e da suposição de tramitação futura

Com o prazo para vistas ao projeto encerrado, e o relatório aprovado, a matéria foi aprovada em caráter terminativo na Comissão Especial em 23 de setembro de 2015. Houve, no entanto – por parte da deputada federal Erika Kokay – quatro destaques, sendo esses: um à emenda do deputado Bacelar – o qual do conteúdo já foi supracitado –, um destaque ao art. 2º (o que gera uma dupla análise ao mesmo disposto, porquanto a emenda já discorre sobre alteração do mesmo), também ao art. 3º (que não será relevante para esta monografia) e o art. 9º do projeto.

O pedido de *destaque* busca votar os artigos de forma separada ao substitutivo aprovado pela Comissão. Desta forma, tenta-se anular os seguintes textos do PL, no que concerne ao escopo do presente trabalho:

"Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

"Art. 9º É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais, em qualquer instância, em que o interesse versado constitua risco à preservação e sobrevivência da entidade familiar, devendo a parte interessada justificar o risco em petição endereçada à autoridade judiciária. (PL 6583/13, 2013)."

Os destaques serão votados na sessão seguinte, que seria em 30 de setembro de 2015, porém não houve quórum na sessão para tal. Desta forma, até o presente momento a matéria não teve novos encaminhamentos.

Caso sejam rejeitados os destaques e a matéria seja aprovada, há um prazo de cinco sessões para o recurso (art. 58, § 1º, do RICD²⁰). Nota-se que já foi adiantado pela deputada Érika Kokay que esta interporá recurso para que a matéria vá a votação em Plenário, ao invés de seguir direto para o Senado Federal para apreciação, conforme dispõe o rito das comissões especiais.

Se nenhum deputado interpuser recurso, a matéria segue diretamente ao Senado Federal. Ainda não se tem noção factual de aprovação ou reprovação da matéria nesta segunda Casa. No entanto, caso a matéria, como está, seja aprovada pelo Senado Federal, o Estatuto da Família seguirá para a sanção presidencial, que poderá impor vetos parciais ou totais, ou aprovar a íntegra do Projeto de Lei.

Se houver vetos, a Constituição impõe que estes deverão ser apreciados dentro de 30 dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitados pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto (art. 66 da CF e seus parágrafos²¹).

²⁰ Art. 58. Encerrada a apreciação conclusiva da matéria, a proposição e respectivos pareceres serão mandados à publicação e remetidos à Mesa até a sessão subsequente, para serem anunciados na Ordem do Dia. § 1º Dentro de cinco sessões da publicação referida no caput, poderá ser apresentado o recurso de que trata o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal.

²¹ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser

2. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

2.1. Compreensão da homoafetividade.

A condenação histórica da homossexualidade, no Brasil, tem sua origem em uma sociedade majoritariamente religiosa, que rechaçava toda manifestação sexual que se desse sem fins reprodutivos. De fato, a relação sexual mantida entre duas pessoas do mesmo sexo é incapaz de gerar filhos; no entanto, é de conhecimento geral que a maioria da população brasileira sexualmente ativa não mantém relações sexuais apenas para fins reprodutivos, daí a tamanha popularidade de preservativos e pílulas anticoncepcionais. Se a ojeriza ao ato sexual pela pura manifestação do prazer fosse real, a venda e promoção de produtos contraceptivos há muito já teria sido revista.

Ocorre que a condenação à homoafetividade vai além da questão reprodutiva. Desde que despertou o interesse da comunidade científica, à ela tem-se designado termos incorretos para sua definição ou classificação. Inicialmente, tratada pelo termo "homossexualismo", o prefixo "-ismo" já evidenciava a denotação de doença ou condição patológica atrelada à palavra que, apenas em 1990, foi retirada da lista de distúrbios mentais pela Organização Mundial de Saúde (LIMA, 2012).

Posteriormente, a classificação da homoafetividade como "opção sexual" atribuiu aos homossexuais um aspecto de insurgência, como se, podendo optar por atrair-se e envolver-se emocionalmente com pessoas do sexo oposto, eles escolhessem relacionar-se com pessoas do mesmo sexo, batendo de frente com as tradições de sua sociedade em ato de rebeldia. O correto, no entanto, seria definir a homoafetividade como orientação sexual, já que esses indivíduos são motivados por sentimentos que não estão sob o seu controle.

rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Ainda, é importante ressaltar que a relação homoafetiva não pode ser relacionada apenas ao sexo em si. A visão de que os homossexuais ditam suas vidas em contrariedade ao que esperam suas comunidades, famílias e amigos, motivados unicamente por um desejo sexual, comumente lhes atribui uma imagem de promiscuidade. Acontece que a orientação dessas pessoas é envolvida de sentimentos, atração e afetividade, assim como são as relações heterossexuais. E é por este motivo que, ao longo deste trabalho, a utilização dos termos "homossexualidade" ou "homossexual" é evitada, sendo priorizada, via de regra, os nomes "homoafetividade" e "homoafetivos", visto que parecem melhor representar a realidade vivida por pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo.

2.2. Família: cédula básica da sociedade civil.

O Estado, ente central da sociedade na qual vivemos, é fruto das complexas relações sociais entre os indivíduos e das diferenças havidas entre eles. Com a criação do Estado, adveio a noção de Direito, aplicado por ele, no âmbito privado, para disciplinar a sociedade civil e as relações intersubjetivas nela havidas.

Já disse Miguel Reale (2003, p. 357) que "no amplo domínio do Direito Privado destaca-se o Direito civil como Direito fundamental ou Direito comum a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas".

Daí a relevância jurídica do Direito de Família como ramificação do Direito Civil. Ora, se é no seio de uma família que o ser humano estabelece suas primeiras relações sociais, encontra-se nela a pedra angular de toda e qualquer sociedade. Há de se reconhecer, portanto, a importância da discussão deste tema e o peso que ele exerce na estrutura de um Estado de Direito.

Por mais presente que o tema "Família" esteja na história jurídica brasileira, seu conceito continua nebuloso, vez que este instituto passou pelas mais variadas mutações através dos séculos, em decorrência de influências culturais, religiosas, políticas, econômicas. De toda sorte, o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando demarcar o seu limite, especialmente para fins de direito (PEREIRA, Rodrigo. 2003).

Na legislação brasileira, tão importante é o instituto da família que, além de mencionado no próprio texto constitucional, é protegido por norma de caráter supralegal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, visando assegurar às pessoas o direito de fundar uma família, estabeleceu em seu artigo 16, § 2º, que: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

2.2.1. A nova família

Como colocado sabiamente por Arnaldo Rizzardo (2011, p. 15), o ser humano, de uma forma geral, tende a alterar seus hábitos e desapegar-se de velhos conceitos e princípios herdados dos seus antepassados.

Se nossa sociedade é um organismo vivo em constante mutação e renovação dos seus hábitos, princípios e valores, e o Direito serve para discipliná-la e regulá-la, então deve seguir sua evolução, sob o risco de tornar-se caduco. Assim ocorre com o instituto da família que, como dito alhures, passou por várias transformações.

Os modelos de família que conhecemos atualmente nem sempre existiram. Anteriormente, pautadas no patriarcalismo, a família legítima era constituída somente pelo casamento entre homem e mulher, e este casamento era, freqüentemente, fundado em motivos de ordem política e interesses econômicos.

Tinha-se a noção do *pater familiae* como base da unidade familiar. A família esculpida nesses termos era caracterizada pela subordinação dos seus membros a um chefe. Neste cenário, havia diferença hierárquica entre o casal, estando, normalmente, o homem em nível superior à mulher; e igualdade hierárquica desses perante os seus descendentes. Dava-se pouca importância para relação afetiva dos cônjuges.

A reprodução era julgada como fundamental para a constituição de uma família. Os casais que não tivessem filhos eram considerados inferiores aos outros.

Por este motivo, a própria escolha dos parceiros rotineiramente pautava-se na aparência saudável do outro, como forma de avaliar o melhor pretendente para gerar uma prole grande e sadia, priorizando-se homens robustos e mulheres de seios fartos e quadris largos.

Com o tempo, houve avanço nas relações conjugais e na própria legislação reguladora do casamento, de modo que a idéia de um casal se unir em matrimônio por questões meramente de interesses, sejam eles econômicos, religiosos, ou mesmo de procriação, tornou-se obsoleta.

Uma alteração interessante no direito brasileiro, que revolucionou o histórico familiar, foi a atribuição de igualdade entre o cônjuge. Conferiu-se deveres e direitos domésticos iguais para o homem e a mulher, como pode-se ver no artigo 1.511 do Código Civil, e, assim, a noção de pátrio poder e a hierarquia patriarcal a ela associada tornaram-se ultrapassadas: "*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*"

Neste artigo introdutório ao livro IV do Código Civil, referente ao Direito de Família, está estatuído que o casamento estabelece comunhão plena de vida. Infere-se daí que deve haver valores de solidariedade, interdependência e afetividade entre os cônjuges.

Após o reconhecimento de novos valores, tais como este da afetividade, como sendo aspectos principais da família, ou ainda elemento essencial para sua caracterização, foi possível perceber em outras relações, que não a matrimonial, que este mesmo tipo de companheirismo, solidariedade e afeto, também levavam a uma convivência típica de ambiente familiar.

Neste sentido posicionou-se, Paulo Roberto Vecchiatti (2008), que disse que o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, que tem em si o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não matrimonializadas.

Desvinculou-se, assim, o conceito de família da idéia de casamento, como mencionado antes, e passou-se a entender a família como qualquer grupo constituído por um dos pais e seus descendentes, havendo affectio e união por laços de liberdade e responsabilidade. Com efeito, atribuiu-se o reconhecimento legal de entidade familiar a outros tipos de relações, a exemplo da União Estável, tratada na Constituição Federal em seu art. 226, §3º e no Código Civil de 2002 nos artigos 1.723 a 1.727.

Com o advento da União Estável, na qual se exige apenas a convivência duradoura, contínua, pública e com o objetivo de constituir família para que o seja, tornou-se claro que a formalidade do casamento, não poderia engessar a idéia de família.²²

Outro fator que corroborou para a ampliação do conceito de família foi o inevitável desencontro de casais, pelo divórcio, extinção de união estável, ou até mesmo a morte de um dos cônjuges.

Ora, aquele pai ou mãe que possui filhos dentro de uma relação conjugal não deixa de fazer parte de uma família quando findado o matrimônio; seu convívio e relação de afetividade com os descendentes continuam configurando uma família. Desta forma, tornou-se evidente que uma pessoa viúva, divorciada ou mesmo solteira é capaz de constituir família tanto quanto um casal em gozo de seu matrimônio.

Dessa forma, à medida que se dava a evolução social e cultural, esperava-se do Direito um posicionamento pertinente com a realidade. Então que novos modelos familiares foram contemplados pela doutrina e jurisprudência. As famílias de fato, decorrentes da união estável, famílias monoparentais, formadas apenas por um pai ou mãe e seus filhos biológicos ou adotivos, as pluriparentais e, também, a família homoafetiva. Como disse o Professor Sérgio Resende de Barros (2002, p.6-7):

²² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

“O afeto é o que conjuga... o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe.”

2.2.2. O reconhecimento da entidade familiar constituída por casal homoafetivo

No Brasil, uma recorrente alegação daqueles que se opõem ao reconhecimento do caráter familiar das uniões homoafetivas é que o legislador constituinte foi categórico na Carta Magna ao tratar a entidade familiar como sendo a união entre um homem e uma mulher.

Vale lembrar aqui o posicionamento da grande jurista Claudia Tome Toni (2008, p. 50/51), que rebatendo este argumento, alude:

“Na realidade, o legislador constitucional, ao se referir a essas espécies de entidades familiares, não previu qualquer proibição à instituição de outros tipos de formações familiares. Ao contrário, pela leitura do texto, podemos concluir claramente que o legislador, ao dizer que a família é base da sociedade, ressaltou sua importância em nosso meio e, portanto, a sua imprescindibilidade para nossa sociedade e para o próprio Estado, independentemente do modo como foi constituída. Esse fundamento é invocado pelos juristas que defendem que a união entre homossexuais também deve ser considerada forma legítima de constituição de família e que, por isso, pode ser equiparada à união estável, estabelecida entre casais heterossexuais, sem o formalismo do casamento.”

Ainda, fica claro que a sociedade evoluiu trazendo consigo outros modelos de constituição familiar, no entanto, embora a lei seja propensa a moldar-se de acordo com as novas realidades e demandas, sua adaptação não é automática.

Neste íterim, enquanto da omissão do legislador, a regulamentação prática sobre o fato existente deve ser feita pelo operador do Direito, por meio de analogia e aplicação dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

“Uma vez constatada a existência da lacuna pela falta de uma lei adequada ao caso, o juiz irá produzir uma norma sentencial a partir de outras fontes e resolverá o conflito, integrando o direito. Note-se que o mecanismo utilizado pelo juiz apenas preenche a lacuna no caso concreto, mas não a elimina do ordenamento jurídico.” (FERREIRA, 2011)

Neste sentido, a jurisprudência começou a caminhar em direção ao reconhecimento da entidade familiar nas uniões homoafetivas. Assim, por exemplo, restou consignado pela Ministra Nancy Andrigui, da 3ª Turma do STJ, no Recurso Especial 1026981/RJ:

"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."

No mais, não se pode olvidar que a orientação sexual do indivíduo é questão inerente à sua personalidade e intimidade e, à luz da Constituição, não pode motivar preconceitos de qualquer ordem.

Reforçando tal ponto, opinou Maria Berenice Dias (2006, p. 43), afirmando que seria preconceito atribuir juridicidade apenas às uniões estáveis havidas entre homem e mulher, se não há qualquer diferença real na convivência homoafetiva da união heterossexual além pura e simplesmente da orientação sexual dos parceiros.

2.3. Retrocesso: desconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Com a aprovação do Estatuto da Família, seria retirado dos pares homoafetivos o status de família, não obstante convivessem nas mesmas condições e cumprindo os mesmo requisitos de um casal heteroafetivo em união estável. Por consequência, teriam suprimidos direitos inerentes a famílias, tal como prioridade em ordem sucessória, possibilidade de adotar.

Como uma forma de assegurar uma mínima segurança jurídica frente aos refluxos políticos e econômicos, tem-se o princípio da proibição ao retrocesso social que institui, segundo o ministro Luis Roberto Barroso (2001. p. 158.), que se o ordenamento "instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido".

Como será observado a seguir, em 2011 o STF julgou arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade nesta matéria, e reconheceu aos casais homoafetivos o direito de constituir família. Sendo assim, o direito concedido por tal decisão, pautada em ilustres princípios constitucionais, tais como o da isonomia e da dignidade da pessoa humana, não poderia sofrer redução.

É importante ressaltar que o princípio da vedação ao retrocesso não se incumbe de proteger direitos apenas em caráter retroativo, ou seja, não se cuida somente de resguardá-los a quem já os tenha exercido ou adquirido. A proteção também se dá "contra medidas denominadas retrocessivas — supressões de direitos ou disposições constitucionais, ainda que com efeitos meramente prospectivos como é, claramente, o caso do Estatuto da Família" (GORGA, 2015).

2.3.1. A ADPF n.º 132 e a ADI n.º 4277

Em 27 de fevereiro de 2008, o governador do estado do Rio de Janeiro, propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF n.º 132, com pedido de medida liminar, tendo como matéria principal as interpretações que vinham sido conferidas aos incisos II e V do artigo 19²³ e aos incisos I a X do artigo 33²⁴, do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de

²³ "Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular".

²⁴ "Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões".

Janeiro) e em diversas decisões judiciais, que implicavam na efetiva redução de direitos aos homossexuais.

Em 02 de julho de 2009, foi proposta ação direta de inconstitucionalidade - ADI n.º 4277, pela Procuradora-Geral da República, pleiteando a atribuição de identidade familiar à união entre pessoas do mesmo sexo uma vez que estivessem presentes os mesmo requisitos exigidos para a configuração de união estável entre homem e mulher, assim como os mesmos direitos e deveres.

Em 24 de março de 2011, os autos deste ADI n.º 4277 foram apensados aos autos da ADPF n.º 132. Quando em 05 de maio de 2011, foram as ações julgadas em conjunto, resultando na procedência de ambas por unanimidade, conferindo às decisões eficácia *erga omnes* e efeito vinculativo a partir da data da publicação do acórdão²⁵.

O ministro Luiz Fux, que proferiu o segundo voto a favor da união homoafetiva, faz uma declaração que possui íntima relação com o que fora discutido alhures (item 2.1). Na sua opinião, a homossexualidade não é crença, nem opção de vida, especialmente "se levarmos em conta a violência psicológica e física que a sociedade ainda tem contra os homossexuais". Para ele, é imprescindível que se dê jurisdição à união homoafetiva. Por um lado para que os casais homossexuais possam sair do sigilo e, por outro, para combater o ódio e a intolerância que encontram respaldo na própria sub-interpretação da lei:

"De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relação entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este últimas abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de Daniel Sarmento (...) e Ingo Wolfgang Sarlet (...) os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder políticos e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico" (grifos nossos).

²⁵ Acompanhamento processual ADPF 132 - arguição de descumprimento de preceito fundamental. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>. Acesso em 17/08/15.

Em seguida, o terceiro voto a favor, pronunciado pela ministra Carmen Lúcia, acompanhando o voto de Ayres Britto em sua totalidade, cuidou-se de frisar o repúdio a todo e qualquer tipo de preconceito:

"A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental a República, expresso a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova 'o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'".

O ministro Ricardo Lewandowski admitiu que é inegável a existência de uniões homoafetivas, trata-se de realidade empírica. Por este motivo, para ele, esta união origina direitos e deveres que "não podem ficar à margem do Estado, ainda que não haja previsão legal para isso".

O seu entendimento baseou-se na "integração analógica", ou seja, apenas enquanto o legislador não fizesse leis específicas para regular tal tema, dever-se-ia adotar a legislação mais próxima ao caso. Deste modo, estendeu aos homossexuais os mesmos direitos de união estável conferidos à casais homossexuais.

O ministro Joaquim Barbosa, pautou seu voto na valorização do princípio da afetividade dentro do núcleo familiar e na essencialidade da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de contribuir para o desenvolvimento da personalidade daquele indivíduo que já vive num ambiente de tamanha repressão e preconceito. Neste sentido, ele expõe o seguinte:

"O não-reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade."

Gilmar Mendes ainda acrescenta que, muito embora esteja cumprindo o papel da jurisdição em dar a devida proteção aos pares homoafetivos, perante o silêncio da lei, deve o legislador atuar de forma à conferir segurança jurídica à matéria discutida.

O ministro Celso de Mello toca num ponto delicado ao asseverar que, por ser o Brasil um estado laico, não deveriam ser confundidos temas jurídicos com questões morais ou opiniões religiosas. Por este motivo, para ele, estando claro pelo texto da Constituição que ninguém deve ser privado de seus direitos ou sofrer discriminação em razão da sua orientação sexual, resta clara a necessidade de estender aos casais homoafetivos os mesmos direitos e prerrogativas que são conferidos aos casais héteroafetivos, no tocante à união estável.

3. ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

3.1. Adoção: generalidades

Muito embora não haja consenso ou unanimidade doutrinária na definição de "adoção", a maioria dos autores costuma conceituá-la a partir do vínculo especial de parentesco por ela criada, chamado filiação civil.

No conceito dado por Sílvio Venosa (2006), é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a forma natural. Na adoção, não havendo vínculo biológico, a filiação se dá através de manifestação de vontade e concretiza-se por meio de sentença judicial.

Embora alguns autores utilizem-se do termo "contrato" na tentativa de definir a adoção, este termo não seria o mais adequado. Josserand²⁶, por exemplo, define adoção como "um contrato que cria entre duas pessoas relações puramente civis de paternidade ou de maternidade e de filiação". Assim, também diz Zacharia²⁷ que a adoção é "o contrato jurídico que estabelece entre pessoas, que podem ser estranhas uma da outra, vínculos semelhantes àqueles que existem entre o pai ou mãe unidos em legítimo matrimônio e seus filhos legítimos".

Verifica-se, no entanto, que grande parte das correntes doutrinárias que tendiam a enxergar uma relação contratual no instituto jurídico da adoção, se deram num tempo de exacerbado individualismo, no qual prezava-se pela autonomia da vontade e buscava-se afastar a interferência do poder público sobre a vida civil.

A noção de contrato, todavia, não corresponde adequadamente com a conceituação de adoção. Na visão civilista tradicional de contrato, as partes contratantes necessitam de capacidade para contratar²⁸, sob risco de nulidade do negócio jurídico, e tal requisito não se encontraria na adoção de um menor. Além disso, compete a autoridade judiciária analisar os requisitos da adoção e as vantagens para o adotando para decidir se a concederá ou não, sendo que a

²⁶ JOSSE RAND apud WALD, Arnold. Adoção. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 35.

²⁷ ZACHARIA apud WALD, Arnold. Adoção. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 35.

²⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

sentença constitutiva e declaratória será o sustentáculo dessa nova filiação, por este motivo, o negócio jurídico não se bastaria entre particulares.

3.1.1. Evolução do instituto na história jurídica brasileira.

Para se estudar a adoção é de suma importância conhecer os fatos geradores desse instituto, assim como as necessidades que se buscavam suprir quando do seu surgimento, que se deu na mais remota antiguidade.

Já conhecida em antigas civilizações como no Egito, Babilônia, e Palestina, a adoção se dava como um remédio para evitar o perecimento da família que não possuísse sucessores por consanguinidade, possibilitando a perpetuação do nome, da tradição e do poder familiar. Assim, a adoção teve inicialmente caráter político, cultural e econômico.

Deste modo, na Roma antiga, pela própria razão de ser do instituto, que era fornecer filhos a quem não os tinha, proibia-se a adoção por quem já possuísse descendentes.²⁹ Percebe-se aí, que a adoção era principalmente instituída como um direito do adotante. Toda regulação da adoção se dava como instituto destinado simplesmente a conceder filhos àqueles a quem a natureza os tinha negado.

No próprio direito brasileiro parece claro que as normas reguladoras da adoção negligenciaram, de certo modo, os próprios adotados, a exemplo do artigo 377 do Código Civil de 1916 que tratou-os injustamente em matéria sucessória quando, determinando que se o adotante já tivesse filhos, nada herdaria o adotado, colocou filhos adotados e naturais em patamares diferentes, *in verbis*:

“Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 8.5.1957)”.

Ou ainda, o artigo 1.605, parágrafo 2, que estabelecia:

§ 2º: Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

²⁹ PICOLIN, Gustavo Rodrigo. A Adoção e seus aspectos. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128. Acessado em : 10/09/15.

Atualmente, pode-se perceber o caráter mais humanitário e sociológico conferido ao instituto da adoção, pela notória busca dos legisladores de proteger o adotado, enxergando-o como parte hipossuficiente e vulnerável, e de diminuir os problemas sociais facilitando e fiscalizando com mais vigor o processo de adoção.

A partir da Lei 3.133 de 1957, a adoção passa a ser tratada como um recurso para melhorar as condições, materiais ou morais, do adotado. Dentre as alterações trazidas, esta Lei possibilitou a experiência da adoção para um rol maior de adotantes. A idade mínima que antes era de 50 (cinquenta) anos passou pra 30 (trinta) anos, independentemente de haver prole legítima ou legitimada.

Assim, atualizando o instituto previamente prescrito no Código Civil, esta lei alterou o entendimento tradicional de adoção, que seria trazer para si filho de outrem como se seu fosse; e conferiu-lhe a finalidade de aprimorar a qualidade de vida do adotado, ampliando suas possibilidades de ser integrado a uma família.

Outras grandes inovações foram trazidas pela Lei 4.655 de 1965, que criou a legitimação adotiva, e pela Lei 6.697 de 1979, a partir da qual a legitimação adotiva foi substituída pela adoção plena. No primeiro caso, criou-se a ligação de parentesco de primeiro grau entre adotante e adotado, equiparando-a com a relação de pai e filhos naturais, muito embora, os laços de parentesco provenientes desta adoção não se estendessem aos demais parentes. Em seguida, com a adoção plena, todos os laços de parentesco biológicos da família de origem passaram a ser apagados, fazendo com que o adotado se integrasse à nova família como se filho biológico fosse e, ainda, estabelecia-se relação de parentesco entre o adotado e a família do adotante, a exemplo da certidão de nascimento daquele, na qual passou a constar os nomes dos avós, pais dos adotantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, em seu artigo 41, atribui ao adotado o status de filho, equiparando-o ao filho natural no tocante a todos os direitos e deveres, *in verbis*:

ECA, artigo 41 “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direito e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

A Constituição Federal de 1988, observando o princípio da isonomia, asseverou também a igualdade de todos os direitos de filiação, a filhos adotivos ou naturais, no seu artigo 227, parágrafo 6, evidenciado abaixo:

CF, artigo 227, § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Percebe-se, portanto, que a evolução do instituto tem-se dado em respeito a um dos princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente: o melhor interesse da criança. Sendo ele um princípio norteador do direito brasileiro, deve ser priorizado sobre os interesses dos adotantes.

3.1.2. Cadastro Nacional de Adoção.

Lançado em abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção é um sistema de informações instalado nos servidores do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - que consolida os dados de toda as Varas da Infância e da Juventude referentes a crianças e adolescentes em condições de serem adotados e a pretendentes habilitados à adoção.

Com as novas reformulações, o Cadastro conseguiu facilitar o acompanhamento dos processos pelos juízes e conferir mais celeridade aos procedimentos de efetivação da adoção.

Uma grande inovação trazida por esta ferramenta digital foi o sistema de alertas que informa ao juiz automaticamente sobre a existência de um criança ou pretendente compatíveis, tendo por base o perfil registrado. Inclusive, o próprio cadastramento de novos perfis tornou-se mais rápido e prático, sendo necessário apenas responder a uma pequena lista de informações básicas.³⁰

A automação deste sistema desburocratizou o processo de adoção, vez que permitiu centralizar e cruzar as informações de crianças que aguardam em abrigos por uma nova família e de adultos que pretendem adotar, mesmo se vivem

³⁰ Informações constantes no sítio: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/cadastro-nacional-de-adoacao-cna>. Acesso em 25/06/2015.

em estados e regiões diferentes. Deste modo, uma pessoa considerada apta a adotar em sua comarca, estará habilitada a adotar em qualquer outro lugar do país.

31

A unificação de informações em âmbito nacional, proporcionada pelo novo CNA, além de garantir agilidade e economia nos processos de adoção, é um importante mecanismo do ponto de vista social. Como os dados cadastrados terão abrangência em todo o território nacional, o sistema impossibilita a duplicidade da inscrição e facilita o levantamento de estatísticas e acesso à pesquisa para a implantação de políticas públicas nos locais onde há maior incidência de abandonos.

O registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas interessadas na adoção visa a segurança das informações e o cuidado com o adotado, sendo, portanto, regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e segundo os moldes do artigo 50 deste diploma.

Ainda, conforme preceitua o artigo 165, I a IV, da Lei 8.069/90, são requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo; III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos; IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão; V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

3.1.3. Requisitos para a adoção.

O processo da adoção começa quando o indivíduo ou o casal interessado em adotar procura a Vara da Infância e da Juventude e agenda uma entrevista com

³¹ Informação constante no sítio: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em 25/06/2015.

os interprofissionais da Seção de Colocação em Família Substituta para fornecer algumas informações preliminares.³²

Primeiramente, faz-se um estudo psicossociopedagógico com o objetivo de analisar as condições ambientais e familiares do possível lar substituto com vistas ao bem estar do adotado.³³ Este estudo permite a preparação dos candidatos à adoção, além de prevenir futuras decepções ou má adaptações entre adotantes e adotados.

A inscrição para adoção propriamente dita só ocorre após a apresentação do relatório referente ao estudo psicossociopedagógico e parecer da Promotoria de Justiça. Encaminha-se este processo para o juiz competente, que poderá deferir ou não o pedido. Caso defira, será o candidato considerado hábil a adoção e inscrito no CNA.

Ao criar o perfil do propenso adotante no Cadastro Nacional de Adoção, este poderá informar suas preferências como a cor da pele, sexo, idade da criança ou adolescente que pretende adotar. No entanto, a adoção só se efetivará se cumpridos os requisitos imprescindíveis.

O instituto da adoção é previsto pelos artigos 1.618 e 1.619, do Código Civil, e regulado pelos artigos 39 a 52, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para que seja válida e efetiva, a adoção deve seguir certos requisitos estabelecidos nestes dois diplomas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente introduz a Subseção IV, referente à Adoção, determinando que esta deve ser uma medida excepcional a ser tomada quando esgotados todos os recursos para manutenção da criança ou adolescente na sua família natural ou extensa. Esta seria uma forma de proteger a criança do trauma psicológico do abandono e da readaptação a um novo contexto familiar, além de uma medida política e social para evitar a superlotação dos abrigos e a acumulação de processos de adoção nas Varas da Infância e da Juventude.

³² Informação constante no sítio: <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/informacoes/adocao>. Acesso em 25/06/2015.

³³ Informação constante no sítio: <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/informacoes/adocao>. Acesso em 25/06/2015.

Ainda, neste artigo introdutório do tema, veda-se a adoção por procuração. Esta determinação auxilia na análise subjetiva do interessado em adotar, vez que o faz comparecer perante o magistrado.

Em seguida, preceitua no artigo 42 que podem adotar os maiores de dezoito anos, esclarecendo-se, ainda, que independe o seu estado civil. É importante lembrar que antes a idade mínima exigida para adotar era vinte e um anos. No entanto, com o advento do novo Código Civil e a mudança da maioridade civil, foi estabelecido que a pessoa maior de dezoito está apta a adotar.

Não obstante, cabe ressaltar que a idade mínima trazida na legislação trata-se apenas de um aspecto objetivo. Caberá ao juiz avaliar em cada caso a maturidade do pretendente à adoção como requisito subjetivo para sua habilitação.

Ainda no tocante a limites de idade, o Estatuto define em seu artigo 42, §3º, que o adotante deverá ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotado. Tal requisito busca assemelhar o lar adotivo ao natural, no qual normalmente é necessária essa diferença de idade para procriação. Neste sentido, cita-se Paulo Lôbo:

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

Pelo disposto no artigo 45, do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige-se a anuência dos pais ou do representante legal do adotado e, se este tiver mais de 12 anos, deve ser ouvido para exprimir seu consentimento também. A concordância dos genitores será dispensada nos casos de não serem conhecidos ou se tiverem sido destituídos do poder familiar.

Para a adoção conjunta, estabelece-se que é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. No entanto, garante-se a possibilidade da adoção conjunta a casais divorciados, se houver acordo sobre a guarda e o regime de visitas ao adotado e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência do casal. Neste caso, deve-se comprovar o vínculo de

afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifique a excepcionalidade da concessão.

Pode-se perceber que o legislador criou este parágrafo para evitar o sofrimento da criança ou adolescente que teria de ser devolvida ao abrigo ou teria optar por um dos pais, após ter se adaptado a um novo lar durante o período de convivência e selado um laço de afinidade grande com sua família substituta. Assim, se a dissolução da união não for prejudicial ao adotado, comprovando que existe um acordo entre os adotantes quanto à guarda e visita, não haveria porque privá-la desta nova família com a qual se identificou.

Estabelece o artigo 46 que a adoção será precedida de estágio de convivência pelo prazo estipulado pela autoridade. O estágio de convivência será acompanhado por profissionais a serviço da Justiça da Infância e da Juventude que avaliarão a adaptação do adotado e possibilidade de concretização da adoção. Abre-se, porém, possibilidade de dispensa do estágio de convivência se o adotado já estava sob tutela ou guarda legal do adotante por tempo suficiente para avaliar a convivência e o vínculo havido entre adotante e adotado.

Resta claro que é imprescindível a participação do Judiciário, visto que a adoção apenas é efetivada se seguir o devido processo judicial, e após sentença do juiz. Ademais, deve o Ministério Público necessariamente intervir, mesmo em se tratando de adoção de maiores de 18 anos.

Observa-se que dentre os requisitos exigidos, não se exige que o adotante seja casado, podendo ser solteiro, viúvo ou divorciado. Não é fixada idade máxima do adotante. Não proíbe a lei que o adotante já tenha outros filhos, adotados ou biológicos. E não há qualquer limitação quanto à religião, cor ou mesmo a orientação sexual do candidato à adoção.

Percebe-se, portanto, que as decisões do judiciário que tem concedido à casais homoafetivos a oportunidade de adotar, respeita todas as condições e procedimentos de uma adoção comum, prezando, acima de tudo, pelo princípio do melhor interesse da criança. Eles cumprem com todos os requisitos cobrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como idade mínima e submissão a análise psicossociopedagógica.

Essas decisões apenas alargam o rol de possíveis adotantes, tendo potencial de diminuir o número de crianças nos abrigos esperando por um família. Cabe ressaltar que aos casais homoafetivos não seria concedido nenhum privilégio, vez que, regidos pela mesma legislação, também se submeteriam à mesma fila de espera e cadastro do CNA.

3.1.4. Adoção unilateral.

A lei permite que o cônjuge ou companheiro adote o filho do outro, sem, contudo, interferir na filiação relativamente ao pai ou mãe biológica.³⁴

Maria Berenice Dias explica as possibilidades da adoção unilateral:

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

A referida adoção está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 41, §1º, abaixo disposto:

"Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. §1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes."

Com base neste dispositivo, também não haveria qualquer empecilho para um concubino homossexual adotar o filho de seu parceiro, pois a regra não impõe restrições quanto a opção sexual do casal que se utiliza da adoção unilateral para somar o companheiro à linha sucessória da criança. Isto será exemplificado em decisão do Superior Tribunal de Justiça exposta mais adiante.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 489.

3.1.5. A incompletude do ordenamento jurídico.

Noberto Bobbio (1999), ao dissertar sobre a teoria das lacunas, explica que a incompletude do ordenamento jurídico se dá quando o sistema não compreende norma que proíbe determinada conduta, nem dispõe quanto à sua permissão.

Há lacuna também, quando o ordenamento não é incompleto, mas se mostra incoerente, ou seja, apresentando tanto norma que permite certo comportamento, como norma que, nos mesmos termos, o proíbe.

Passível de falhas, as lacunas no ordenamento jurídico devem ser completadas de forma alternativas de integração do Direito.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2007) defende que a falta de previsão legislativa ou inconsistência do legislador não pode servir de fundamentação para o magistrado recusar-se à prestação jurisdicional, ou ser motivo para deixar de ser reconhecido direito que merece chancela jurídica.³⁵

Assim, afirma que o “silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve socorrer-se dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema”.

3.2. Retrocesso: vedação ao direito de adotar aos casais homoafetivos.

O Projeto de Lei n.º 6.583/2013, pretende retirar dos casais homoafetivos o direito de adotar, muito embora nossos órgãos de superposição judiciária, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), já venham se manifestando favoravelmente.

A decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277, em maio de 2011, abriu portas para a concessão do direito à adoção para casais homoafetivos, ao conferir à eles o mesmo status de família antes atribuído somente à casais heteroafetivos em união estável.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

3.2.1. Recurso Especial n.º 1281093/SP - STJ

Em 14 de setembro de 2011, o STJ julgou o Recurso Especial n.º 1281093/SP, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com vias a afastar decisão anterior que provia a adoção unilateral à companheira homoafetiva da mãe biológica da adotanda. Para definir melhor o cenário, cumpre esclarecer que tratava-se de um casal homoafetivo em união estável que, após planejamento familiar, optou pela inseminação artificial heteróloga de uma das concubinas.

Como visto alhures, a adoção unilateral consiste naquela que, via de regra, provoca a quebra do vínculo de filiação com um dos pais da criança ou adolescente, para que seja criado um novo vínculo com o pai adotivo. Neste caso, estaria consagrada a mesma modalidade de adoção, exceto pelo fato de que não haveria rompimento de vínculo de filiação pré-existente, mas tão somente a constituição de um novo, com a concubina. Assim, na decorrência da admissão da adoção unilateral, por óbvio não haverá destituição do poder familiar da mãe biológica.

Observa-se, pela ementa que a 3ª Turma do STJ decidiu pelo desprovimento do REsp interposto pelo Ministério Público de São Paulo, ou seja, atuou em defesa à aprovação da adoção unilateral no caso em apreço.

No voto da ministra Nancy Andrighi, após perpassar pelo debate a respeito da isonomia entre pares hétero e homoafetivos, da atribuição de identidade familiar à união homoafetiva e defesa aos direitos das minorias, segue com a fundamentação da possibilidade da adoção, levando-se em conta os Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente e os seus direitos fundamentais.

Neste sentido, pautada no princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, a ministra atém-se ao cumprimento, por parte da candidata à adoção, dos requisitos formais e materiais exigidos para a legalidade da adoção e para o melhor interesse da adotanda. No seu entendimento, uma vez presentes o requisitos formais e materiais, a exemplo da idade mínima da adotante e diferença de idade entre ela e a adotanda, não haveria porquê discriminar essa cidadã e privá-la do direito de adotar, visto que não materializava-se nela nenhum impedimento para tal

e vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente não define como filtro para pretendente à adoção qualquer critério quanto à orientação sexual. Configuraria uma afronta ao princípio constitucional da isonomia e uma descabida homofobia.

Mas ainda, sabido que deve ser feito um juízo de valor subjetivo, que analise o melhor interesse da criança diante da adoção, prestou-se a explicar, no seu entendimento, porque não haveria empecilhos para a criação deste laço ou quaisquer desvantagens dele advindas, citando, dentre outros autores, Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, pelo disposto em sua obra sobre adoção por homossexuais:

"(...) os resultados das pesquisas, que têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo."

3.2.2. Recurso Extraordinário n.º 846.102 - STF

Em 05 de março de 2015, foi decidido monocraticamente pela ministra Cármen Lúcia o Recurso Extraordinário n.º 846.102 - STF, interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, também com o propósito de reformar decisão anterior do Tribunal de Justiça do Paraná que concedia adoção à casal homoafetivo.

De forma sucinta, a ministra explana que o acórdão recorrido encontra-se em perfeita harmonia com o entendimento jurisprudencial do STF (consolidado com o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132), que preconiza não haver quaisquer diferenças entre a família constituída pela união homoafetiva ou héteroafetiva, não havendo, portanto, porque impor limites ao direitos de um que não existem para o outro. Deste modo, negou seguimento ao recurso, atuando, também, favoravelmente à adoção.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho foi possível perceber, no tocante ao reconhecimento dos casais homoafetivos como família e, por consequência, o direito à adoção de crianças por esse tipo de arranjo familiar, que há uma importante discordância na interpretação do artigo 227 da Constituição Federal entre o Supremo Tribunal Federal e a ala conservadora da Câmara dos Deputados, que propôs o desarquivamento do Estatuto da Família e excluiu neste a possibilidade de quaisquer interpretações que abarquem a união homoafetiva como sendo instituição familiar.

Se por um lado tem-se uma decisão inovadora do STF que confere aos casais homoafetivos direitos não antes explorados pela legislação brasileira, por outro tem-se a previsão doutrinária da atuação do judiciário em caso de silêncio do legislador, decidindo com base nos princípios, na analogia e na equidade.

No entanto, vimos que uma vez consolidado um entendimento do STJ e STF que garantem direitos fundamentais a estes casais homoafetivos, não poderia agora o legislador sair da inércia para quebrar o silêncio legislando de forma retrocessiva aos direitos adquiridos, com base no princípio da vedação ao retrocesso social e na própria segurança jurídica do nosso ordenamento.

Sem retroceder à argumentação dos motivos para tal e das consequências sociais resultantes do impedimento da adoção homoparental, ou mesmo dando ainda mais importância aos ritos previstos pelo regimento da distinta Casa Parlamentar e a sucessão de vetos e aprovações das emendas ao dispositivo, vê-se a importância do sincronismo ideológico entre ambas as instituições de poder, para que as garantias asseguradas em uma não sejam extinguidas ante a interpretação de outra.

Como exposto nesta monografia, tal incongruência causa instabilidade jurídica, especialmente às minorias, perante cada abalo político. É preciso haver sintonia e unidade entre os poderes, para, independente de sua autonomia, atuarem em conjunto em prol da proteção aos direitos da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

BARROS, Sérgio Resende De. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v.14, p.6-7, 2002. apud **PULLINO**, Juliana. As Uniões Homossexuais e seu status de entidade familiar. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-unioes-homossexuais-e-seu-status-de-entidade-familiar,36479.html#_ftn8. Acesso em 14/08/15.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184 p. apud **SOUZA**, Joseany Lima. *Apossibilidade Jurídica de Adoção por casais em união homoafetiva*. Trabalho monográfico, UniCEUB, 2012.

COSTA JUNIOR, Luiz Regis da. Homossexualidade e influência da igreja na política. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24637>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Adriano. *Integração do Direito*. Disponível em: <http://introducaoaodireito.info/wp/id/?p=620>. Acesso em 14 de agosto de 15.

GORGA, Maria Luiza. Estatuto da Família é um retrocesso de viés tanto legal quanto social. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/maria-gorga-estatuto-familia-retrocesso-legal-social#_ftn6. Acesso em 27 de setembro de 15.

LIMA, Cláudia de Castro. *A história da homossexualidade e a luta pela dignidade*. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtml>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*, p. 7.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. A Adoção e seus aspectos. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128. Acessado em: 10 de setembro de 15.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27 edição Saraiva, São Paulo. 2003.

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

SENA, Carlos. Compreendendo a homossexualidade. Disponível em: <http://democratizandoosaber.blogspot.com.br/2013/05/compreendendo-homossexualidade.html>. Acesso em: 14 de setembro de 2015.

TONI, Tome Claudia. *Manual de Direitos dos Homossexuais*. SRS. Ed., 1ª ed. 2008. apud **PULLINO**, Juliana. As Uniões Homossexuais e seu status de entidade familiar. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-unioes-homossexuais-e-seu-status-de-entidade-familiar,36479.html#_ftn8. Acesso em 14 de agosto de 15.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 13ª ed. – São Paulo : Atlas, 2013.