



Fundação Educacional do Município de Assis
IMESA - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

ISABELLA PRISCILA CAZONI DA SILVA

HOMOAFETIVIDADE E ADOÇÃO

Assis

2014

ISABELLA PRISCILA CAZONI DA SILVA

HOMOAFETIVIDADE E ADOÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito, ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientadora: Profª Gisele Spera Manfio

Área de concentração: Direito Civil

Assis

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

SILVA, Isabella Priscila Cazoni da

HOMOAFETIVIDADE E ADOÇÃO. Isabella Priscila Cazoni da Silva, Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – Assis, 2014.

70 páginas.

Orientador: Gisele Spera Manfio.

Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

Palavras-chave: Família; Homoafetividade; Adoção.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

HOMOAFETIVIDADE E ADOÇÃO

ISABELLA PRISCILA CAZONI DA SILVA

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: Gisele Spera Manfio

Analisador (a): _____

Assis

2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo amor, incentivo e pelas sábias palavras que sempre foram a minha maior motivação a seguir em frente e a lutar pelos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar presente em todos os momentos da minha vida. As minhas avós, Maria Helena e Maria, por sempre me lembrar do quanto sou amada. Aos meus pais, pois sei que não mediram esforços para que meu sonho se realizasse e que sem o apoio e a confiança em mim depositada nada disso seria possível. Ao meu irmão, por me ajudar a ser uma pessoa melhor. A minha madrinha, Geane, por ser a minha primeira professora e a melhor educadora que tive a oportunidade de conhecer. A toda minha família, meu porto seguro, minha fortaleza. Eu amo vocês!

À professora Gisele, pela ajuda na elaboração desta obra. Ao corpo docente do curso de Direito da FEMA, que contribui de forma excelente para minha formação acadêmica.

A todos os meus amigos de sala, mas em especial à Érica, Polyanna, Fábio, Tainá, Carolini, Camila, Júlia, João Otávio e Guilherme, pela nossa amizade, nossos trabalhos, por compartilhar momentos de alegria ao meu lado e me ajudar nos momentos de tristeza. Cada um de vocês seguirá um caminho diferente agora, mas saibam que vocês moram no meu coração. Sentirei muitas saudades.

"Que mundo é esse em que vivemos onde é mais fácil quebrar o núcleo de um átomo do que um preconceito."

Albert Einstein

RESUMO

Este trabalho trata da evolução da homoafetividade e da possibilidade das famílias homoparentais de adotarem crianças e jovens, demonstrando que o preconceito é algo que obsta o bem estar e a sobrevivência de uma criança.

Ademais, analisa decisões do Supremo em que houve a equiparação da união estável a casais homoafetivos, conseqüentemente, conferindo a estes casais a possibilidade de se tornarem uma entidade familiar.

Palavras-chave: Família; Homoafetividade; Adoção.

ABSTRACT

This paper deals with the evolution of homoafetividade and the possibility of homoparental families adopt children and youngsters, demonstrating that prejudice is something that shall prevent the welfare and the survival of a child.

Moreover, parses decisions of the Supreme in which was the equal treatment of stable union to homosexual couples, consequently, giving these couples the possibility to become a entity familiar.

Keywords: Family; Homoafetividade; Adoption.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CF-88	Constituição Federal (1988)
CC	Código Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO.....	13
2.1 – MODALIDADES DE FAMÍLIAS.....	17
2.1.1 – Casamento.....	18
2.1.2 – União Estável.....	19
2.1.3 – Família Monoparental.....	21
2.1.4 – Família Homoafetiva.....	23
2.2 – FILIAÇÃO.....	24
2.2.1 – Histórico.....	25
2.2.2 – Socioafetiva.....	26
2.2.3 – Homoparental.....	26
2.2.4 – Pluriparental.....	28
3. UNIÃO HOMOAFETIVA.....	28
3.1 – HOMOSSEXUALISMO OU HOMOSSEXUALIDADE?.....	29
3.2 – BREVE VISÃO HISTÓRICA.....	30
3.3 – RECONHECIMENTOS LEGAIS NO BRASIL.....	31
3.3.1 – ADPF 132 e ADI 4277.....	32
3.3.1.1 – Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto.....	33
3.3.1.2 – Os Votos Restantes.....	36

3.3.1.3 – Decisão.....	42
3.3.2 – Resolução nº. 175/13 do Conselho Nacional de Justiça.....	43
4. ADOÇÃO.....	46
4.1– CONCEITOS E BREVE VISÃO HISTÓRICA.....	46
4.2 – LEIS NACIONAIS DA ADOÇÃO (LEI N. 12.010/2009).....	48
4.3 – REQUISITOS LEGAIS PARA ADOTAR.....	51
4.4 – EFEITOS DA ADOÇÃO.....	56
4.4.1 – Efeitos Pessoais.....	56
4.4.2 – Efeitos Patrimoniais.....	58
4.5 – ADOÇÃO HOMOPARENTAL.....	59
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
6. REFERÊNCIAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

A sociedade vem sofrendo inúmeras mudanças ao longo da evolução humana, sendo que estas transformações influenciaram não somente no modo de ser e pensar de cada pessoa, mas também o modo de agir. Desta forma, em razão das adaptações cada vez mais necessárias, é imprescindível que se tenha uma mente livre de preconceitos.

Esse avanço social afetou todos os âmbitos de convívio, principalmente as relações familiares onde passaram a coexistir famílias tradicionais e aquelas consideradas informais em razão da sua estrutura de formação se diferenciar do que era conhecido e aceito pela maioria.

Neste contexto, as uniões homoafetivas vêm se destacando no âmbito do Direito Civil, sendo um dos temas mais polêmicos e discutidos no atual Direito de Família.

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão sem precedentes históricos, equiparou e concedeu as uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres de uma união estável. Tal decisão serviu de paradigma para inúmeras outras decisões, trazendo grandes vitórias para casais que se encontravam a margem da legislação.

Ademais, cada vez mais jurisprudências vêm deferindo pedidos de adoção entre casais do mesmo sexo, haja vista que estes possuíam as mesmas condições emotivas, financeiras e psicológicas de adotar, criar e educar uma criança.

É notório que tal tema está constantemente sendo tratado em nossos Tribunais, possuindo uma extrema importância em razão de conceder a possibilidade de crianças e jovens, cada vez mais, serem acolhidos em famílias que os amem e os queiram, tendo a chance de viver dignamente.

Deste modo, tais decisões devem estar centradas em sabedoria e livre de preconceitos, procurando sempre o melhor interesse da criança. O maior apelo social é no sentido de que a Justiça faça jus ao seu nome, buscando a igualdade e não impedindo ninguém de buscar sua própria felicidade.

2. A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

O direito serve como um mecanismo regulador das relações interpessoais, devendo sempre refletir o comportamento da sociedade em que está inserido e acompanhando de perto a evolução desta. Nesse sentido, o sistema familiar pertence a um elemento ativo, o qual nunca permanecerá imutável ao longo do tempo, mas se transformará de forma contínua na medida em que a própria sociedade se reorganiza conforme o surgimento de novas concepções, progredindo a um estado nunca antes conhecido com novos ideais e adaptações a novos costumes que refletem a base do desenvolvimento social.

A família deve progredir na medida em que a sociedade progrida, a qual deve se modificar na medida em que a sociedade se modifique, como aconteceu até agora. Em razão disso, a família deveria ser considerada como “produto do sistema social”, o qual deveria refletir o estado em que esta se encontra no tempo.

Em virtude da lei somente surgir após a geração do fato, esta procura estabilizar a vida prática. Contudo, é sabido que a realidade em si vive em constante mutação, conseqüentemente refletindo na legislação. Por conseguinte, a família legislada não consegue acompanhar a família de fato, sendo esta criada de forma natural na qual todos os componentes poderão estar ligados não somente por laços consanguíneos, mas também e, principalmente, pelo afeto e respeito.

Ocorre que no contexto atual passou-se a entender e aceitar um modelo de união em que a reprodução não mais se caracteriza como a única e primeira forma de definição da estrutura familiar. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, incluiu e reconheceu as uniões estáveis - e todas semelhantes a esta - como entidades familiares.

Atualmente, existe a possibilidade efetiva da formação de uma entidade familiar sem a necessidade do matrimônio, ou ainda, da presença da figura paterna ou materna, culminando assim com a origem das famílias monoparentais, como estabelece a

própria Carta Magna em seu artigo 226, parágrafo quarto. Foram reconhecidas também, por meio de jurisprudências, as famílias anaparentais – ocasionadas pela convivência entre parentes sem, contudo, a presença dos pais - e eudemonistas – constituída por relações de afeto e de solidariedade.

Todavia, devemos sempre proceder à análise de legitimidade estatal para que este possa proteger e reger o núcleo familiar sem que afete a privacidade e a intimidade do mesmo. Já dizia Maria Berenice Dias (2013, p. 29) que “é necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar”.

A compreensão das novas excentricidades ocasionadas com a evolução do Direito de Família deverá ser analisada através da observação do afeto, lealdade e respeito, sendo estes os principais elos das relações atuais.

“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, XVI, 3).

Tutelada pelo antigo código civil de 1916, a sociedade brasileira somente reconhecia a família matrimonializada, repudiando qualquer outra forma de união entre os pares. Ainda no contexto dessa época - a qual foi marcada pela predominância dos preceitos religiosos e preconceitos - a dissolução do casamento era proibida; a igualdade entre homem e mulher permanecia somente nos sonhos dos idealizadores; devido a discriminação que a sociedade impunha aos que mantinham uniões sem o reconhecimento matrimonial, ocorria uma forte segregação em face dessas pessoas, a qual fazia com que os filhos nascidos de tais uniões fossem deixados à margem da sociedade, totalmente excluídos e invisíveis.

O poder familiar era patriarcal, submetendo a mulher e os filhos ao controle unicamente do pai. Porém, tal poder de controle se mantinha na relação do casamento matrimonializado, sendo que os filhos obtidos fora desta união eram ditos como ilegítimos, não pertencendo ao contexto social da família “original”.

Não obstante, a indissolubilidade do casamento era pacificamente normatizada. Através desse pensamento retrógrado, a única maneira que poderiam obter o rompimento da união era através do desquite, o qual não colocava um efetivo fim no

vínculo jurídico criado com o casamento, fazendo com a pessoa ficasse “marcada” socialmente, não podendo contrair novo matrimônio.

Através da evolução social e com os avanços surgidos de diversas revoluções, um marco histórico do Direito de Família foi a instituição do Divórcio (EC 9/77 e Lei 6.515/77), extinguindo a ideia da existência de uma família sacralizada pelo matrimônio através da possibilidade de dissolução do matrimônio.

Houve também, com o advento da Constituição Federal de 1988, a supressão de incontáveis preconceitos já perpetrados na cultura brasileira da época. Fixou a igualdade entre ambos os sexos e ampliou o conceito de família.

Consolidou uma forma igual de tratamento para as famílias instituídas pelo casamento, como também para as uniões estáveis e relações familiares compostas por qualquer dos pais e seus descendentes, a qual foi chamada de família monoparental.

Não obstante, instituiu a igualdade entre filhos nascidos do próprio casamento ou fora dele, não sendo estes mais chamados de ilegítimos. Tais mudanças de cunho cultural levaram a legislação a se atualizar, passando assim, a aceitar a possibilidade de dissolução de um casamento através das vias extrajudiciais ¹.

Em consequência destas profundas alterações normativas, como lembra Luiz Edson Fachin (1996, p. 83), após a Constituição, “o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.

Ainda assim, conforme já foi dito, a realidade fática e o sistema jurídico nem sempre encontram maneiras de se harmonizarem. Nos últimos anos, as transformações sofridas pela sociedade – emancipação feminina; métodos contraceptivos; participação da mulher no mercado de trabalho; homoafetividade - afetaram diretamente o núcleo da entidade familiar, originando uma nova série de concepções familiares, as quais fogem totalmente do conceito de família patriarcal.

Concomitante com a promulgação da Constituição Federal/ 88, o projeto do Código Civil é de 1975, somente entrando em vigor em 11 de janeiro de 2003. Por ter sido criado em um contexto ultrapassado e não ter conseguido acompanhar de forma

¹ Lei 11.441/07, a qual acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil.

satisfatória a Constituição Federal, o Código Civil não tratou de legislar sobre essas questões de extrema importância e que estão cada vez mais presentes no cotidiano, como é o caso da filiação socioafetiva e das uniões homoafetivas.

A família contemporânea sofreu as diversas mutações ao longo de todo esse tempo, acompanhando as necessidades surgidas com novos ideais. O mundo já não acolhe a visão de entidade familiar sacralizada pelo casamento. As pessoas ultrapassaram o conceito religioso de que família é aquela composta por pai, mãe e filhos. A sociedade baseia-se no direito de que todos tem a possibilidade de se organizarem e se reorganizarem de acordo com afeto, respeito e lealdade. Nas palavras de Ana Carla Harmatiuk Matos ²:

Do ponto de vista legislativo, o advento da Constituição de 1988 inaugurou uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a única base dessa entidade, questionando-se a ideia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais.

Diante de tal posicionamento, é possível entender que a evolução das entidades familiares são baseadas em sinceridade, amor, compreensão e diálogo, de forma que afasta a hipocrisia e a falsidade do próprio ordenamento jurídico, sob pena de se tornar ineficaz.

Neste contexto, nasce à família eudemonista, ou seja, aquela que se identifica através de laços afetivos que a integram. O eudemonismo se caracteriza pela busca a felicidade, sendo esta absorvida pela legislação brasileira. Contudo, houve a alteração do sentido da proteção jurídica da família, passando da instituição para a

² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito da Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35-48.

pessoa, como tal previsto no §8, artigo 226 da Constituição Federal: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”.

Importante destacar que o afeto aqui mencionado em nada se parece com o *affectio* da família patriarcal, a qual possui raízes no direito romano, segundo Silvana Maria Carbonera ³:

A *affectio*, no modelo de família patriarcal, tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Desta forma, o casamento já trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando previamente a necessidade de continuidade de relação. Não se questionava tal elemento, uma vez que ele fazia parte da estrutura do matrimônio. (...) O compromisso de manter a vida em comum não revela necessariamente a existência de afeto. A continuidade da relação podia ser motivada por outros elementos como, por exemplo, a impossibilidade de dissolução de vínculo: neste caso a *affectio* presumida se fazia presente. A noção de afeto (...) representa uma forma de se dar viabilidade as relações de família, uma vez que é em sua função que elas se formam e se desfazem.

Ante de todo o exposto, é possível concluir que a família moderna se baseia no afeto, respeito e lealdade entre seus entes e não mais em meros laços de sangue. As mudanças instituídas ao longo de todo esse tempo – emancipação feminina, métodos anticoncepcionais, homoafetividade – foram capazes de trazer uma sociedade atualizada para o século XXI, concebendo novas formas de organizações familiares e concedendo a estas famílias proteção e o título de entidade familiar.

2.1 – MODALIDADES DE FAMÍLIAS

³ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 247.

2.1.1 – Casamento

O casamento pode ser considerado como um ato de celebração do matrimônio, gerando um vínculo jurídico além da união das pessoas. Conforme os ensinamentos de Julie Cristine Delenski (2000), o casamento em si é o responsável pela criação de uma série de direitos e deveres recíprocos que acabam afetando o campo pessoal e patrimonial dos noivos. Ultrapassa a relação íntima entre os pares para surtir efeito jurídico.

A lei descreve a finalidade do casamento através do artigo 1.511 do Código Civil, apesar de não estabelecer um conceito dogmático para o mesmo. Desta forma o casamento “estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Contudo, o casamento civil nem sempre existiu dessa forma. Até 1889 com o advento da República, somente existia o casamento religioso. Sendo que o surgimento do casamento civil somente ocorreu em 1891, ainda com o caráter indissolúvel como já comentado.

Desta maneira, conforme Código Civil de 1916, a única maneira de constituição de uma família era através do casamento, sendo repudiadas socialmente outras formas de composição de entes familiares.

Segundo Maria Berenice Dias (2013), o Estado permanecia resistente à mudança nos núcleos familiares e, como esta era tão abusiva, a única forma de romper com o casamento era o desquite, não extinguindo o vínculo matrimonial e não possibilitando a chance de uma nova união.

Na medida em que o desquite se transformou em separação, surgiram duas novas formas de ruptura do vínculo matrimonial: a separação e o divórcio. Contudo, a lei exigia que para que esse rompimento fosse efetivado, os requerentes tinham que esperar o decurso de um longo prazo ou indicar um culpado para o fim do relacionamento, o que atingia não somente a honra do indivíduo, mas também sua dignidade.

Somente através de profundas transformações sociais, a Constituição Federal de 1988 estendeu o conceito de família, abrangendo outras formas de relacionamentos e as configurando como entidade familiar. Tais garantias puderam proteger principalmente as famílias monoparentais – formado por um dos pais com seus descendentes – bem como a união estável – relação entre duas pessoas não casadas. Através dessas considerações, o casamento deixou de ser a forma exclusiva para formação de uma família.

A lei e nem mesmo a Constituição fizeram referência quanto ao sexo dos noivos, então o entendimento que prevalece na doutrina e, atualmente, na jurisprudência, é que não há qualquer impedimento legal para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O fato de a lei prever em seu artigo 1.565 do Código Civil que “através do casamento, homem e mulher, assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos cargos da família” não limita o casamento a somente casais heterossexuais.

Ocorre que essa afirmação somente fixa a ideia de que tanto homem como mulher assumem direitos e deveres inerentes ao matrimônio, e não que eles deverão estar casados com pessoas do sexo oposto ao seu.

Ademais, outra peculiaridade assegurada constitucionalmente (art. 226, § 3, CF/88) e que pode ser concedida é a conversão da união estável em casamento, onde é regulamentada de forma simples pelo artigo 1.726 do Código Civil, havendo a necessidade do pedido ser formulado em juízo, sendo que posteriormente deverá ser lançado no registro civil.

2.1.2 – União Estável

Ainda que o Código Civil de 1916 se omitisse, as relações fora do casamento sempre existiram, sendo estas chamadas de concubinato. Com a evolução moderna e a mudança de ideais da sociedade, essas relações passaram a ser aceitas, levando até mesmo a Constituição Federal a alargar a concepção de família até

então conhecida, abrangendo as uniões sem vínculo matrimonial e a chamando de entidade familiar.

Ao passo que essas uniões se tornaram mais presentes e reconhecidas socialmente, houve uma maior proteção do Estado. Dessa forma e através de significativas mudanças legislativas, o concubinato passou a ser conhecido como união estável.

Contudo, a mudança ficou somente no plano ideológico. Mesmo que a Constituição garantisse proteção a essas relações, a jurisprudência – embora as reconhecesse – ainda não aceitava essas uniões e, portanto, acabava não concedendo a proteção estatal como deveria.

Em virtude da mudança constitucional não ter surtido efeito na realidade fática, houve a necessidade de criação de novas normas regulamentadoras, sendo estas conhecidas como Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96.

A lei 8.971 de 1994, apesar de apresentar certo preconceito implícito em suas normas, trouxe algumas mudanças práticas no contexto jurídico da época. Garantiu aos companheiros a possibilidade de requererem alimentos, assim como o direito a sucessão. Contudo, excluía dessa garantia àquelas pessoas separadas de fato.

Ademais, segundo a referente norma, as relações somente se enquadrariam nessas considerações se tivessem existência há mais de cinco anos ou se dessa união viesse a gerar prole. Caso contrário, tais uniões seriam colocadas à margem da proteção legal.

Nesse contexto, a Lei 9.278 de 1996 regulamentou de uma forma mais ampla e real esses vínculos afetivos. Sendo que para que essas uniões fossem reconhecidas, não haveria mais exigência de prazo de existência, além de estender essa proteção para aquelas pessoas que estavam separadas de fato.

Em razão das inúmeras transformações sociais e culturais, é de extrema dificuldade conceituar e assim, codificar, o título supracitado. Entretanto, Marco Aurelio S. Viana (1999, p.29) apresenta um conceito simples e direto, consistindo a união estável na “convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de uma família”.

Ainda, segundo o Código Civil em seu artigo 1.723, a união estável será reconhecida quando for pertencente a “união duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Percebe-se que a lei não conceitua esse tipo de união, somente se preocupando em ditar suas características e em reconhecer dentre elas a afetividade para formação de uma família.

Para a configuração e reconhecimento jurídico, a lei exige a real convivência entre as partes, sendo esta com caráter de união familiar. O prazo aqui exigido é somente para que haja comprovação de que os companheiros possuem estabilidade efetiva e patrimonial necessária para a manutenção da vida entre eles.

Com efeito, somente poderá ser afirmado que determinada relação tratar-se-á de uma união estável quando esse relacionamento possuir o envolvimento de ambos os companheiros em esfera social, sendo notório seu comprometimento afetivo em constituir uma família. Preenchendo essas características e requisitos, o relacionamento será denominado como união estável.

Outra garantida de extrema importância concedida pela Constituição Federal/88 é a possibilidade da conversão da união estável em casamento (artigo 226, §3, CF), onde os requerentes deverão endereçar o pedido ao judiciário, devendo ser encaminhado posteriormente ao registro civil (artigo 1.726, CC).

Entretanto, tal conversão somente será possível caso não haja nenhum impedimento, ou seja, caso algum dos requerentes seja separado de fato somente poderá se casar após o trânsito em julgado da sentença de divórcio.

2.1.3 – Família Monoparental

Através da queda do poder patriarcal e emancipação da mulher no âmbito empregatício e social, surgiram inúmeras famílias constituídas somente por um dos pais e a criança. Essas uniões, conhecidas como famílias monoparentais, foram elencadas no artigo 226, § 4, CF, passando a serem consideradas como entidades familiares.

A decisão da qual resulta a constituição de uma família monoparental surge, em sua grande maioria, de um dos membros da família, seja em razão da dissolução do matrimônio, seja por opção pessoal de ter e criar um filho sozinho (a).

A revolução sexual de 1960 foi um dos fatores de extrema importância para a aceleração das constituições dessas famílias. A criação da pílula anticoncepcional, garantindo uma ampla liberdade feminina, contribuiu para que mulheres eliminassem o risco de gravidez. Além de gerar uma das mudanças mais significativas do século XX com a separação do conceito de maternidade e casamento.

Em razão da evolução genética, atualmente existe a possibilidade de que as mulheres possam escolher serem mães sem precisar se casar para realização de tal feito, sendo possível através das produções independentes. Outrossim, existe a garantia constitucional de igualdade que veda qualquer forma de negação a uma mulher do uso de técnicas de reprodução assistida em virtude do fato de ser solteira.

Conforme já comprovado, o filho integrante de uma família monoparental não sofre nenhum dano em seu crescimento e desenvolvimento intra e interpessoal. Todavia, a preocupação com o bem estar da criança sempre deve ser assistido e colocado como requisito fundamental ao analisar as condições de cada família. Cada caso deve ser avaliado isoladamente.

Biológico ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe, se o de pai, se o de mãe, se o de filho – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir-se, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal (HIRONAKA; 1999, p. 8).

Por conseguinte, um dos requisitos de igual importância e que sempre deve ser levado em consideração é o afeto entre a família, para que a criança possa crescer

tanto com condições para seu desenvolvimento físico e mental, como de forma digna e feliz.

2.1.4 – Família Homoafetiva

Em razão da ausência de vedação legal e constitucional, não há impedimento para o casamento entre casais homoafetivos. É notório que a homossexualidade sempre esteve presente na sociedade desde tempos mais antigos, sendo as comunidades gregas as mais conhecidas por apresentar essas formas de relacionamentos.

Porém, por mais que tal realidade seja conhecida há muito tempo em nada esse conhecimento ajudou para extinguir com a discriminação e repúdio social. Uma das entidades que mais auxiliaram com a propagação do preconceito sobre o tema em questão foi à própria Igreja.

Entretanto, apesar de todas essas ressalvas, as uniões homoafetivas passaram a ser reconhecidas primeiramente no âmbito do judiciário. Assim sendo, a partir deste ponto muitos dos preconceitos enraizados vem sendo eliminados da concepção moderna de família, dando lugar a prevalência do afeto em vez da orientação sexual.

Ao passo que a constituição federal de 1988 conferiu especial proteção ao termo “entidade familiar” (artigo 226), não poderia ser excluído deste núcleo as formas de famílias que preenchem os requisitos exigidos (afetividade, estabilidade e ostensividade). Nesse contexto, por terem origem em vínculo afetivo de igual valor, as famílias homoafetivas devem ser expressamente – e foram – incluídas nesta proteção legal.

A Constituição Federal/88 não estipula as formas de famílias e nem mesmo faz reverência a isso, desta forma qualquer família que se enquadre no conceito geral estará incluída no termo constitucional de entidade familiar.

Não obstante as garantias e direitos fundamentais de igualdade e liberdade, o Estado sempre deve buscar a inclusão de todos em sua proteção. A família

constitucionalizada deve assegurar o amparo a todos os indivíduos em suas respectivas formas de convívio, independente de sua orientação sexual.

O respeito à dignidade humana deve ser um dos princípios impulsionadores da sociedade moderna. Cada indivíduo deveria sempre pensar no outro, buscando melhorar a realidade tão mísera de solidariedade e compaixão e enraizada no preconceito e discriminação.

Tais ideologias distorcidas de igualdade devem ser modificadas de forma a incluir aqueles colocados à margem da sociedade em virtude desse repúdio que sofreram. A própria Constituição veda a discriminação e preconceito por quaisquer motivos, sejam eles por origem, raça, sexo, idade ou religião. Além de elencar como direito e garantia fundamental em seu artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Ainda que o legislador tenha se omitido sobre as uniões homoafetivas, não há como excluí-las da tutela estatal e do conceito de família. Se essa união possuir caráter duradouro, público e contínuo, mantendo o vínculo afetivo como o casamento, será considerada como núcleo familiar semelhante a este.

2.2 – FILIAÇÃO

A proteção integral das crianças e adolescentes ganhou força através do advento da nova ordem jurídica a qual instaurou como direito fundamental à convivência familiar, abrangendo o conceito de entidade familiar.

Por meio da Constituição Federal/88, a filiação passou a ser considerada como um direito que garante também a dignidade da pessoa humana, já que todo indivíduo tem o direito de ser reconhecido, aplicando essas normas tanto para os filhos provenientes de algum casamento, como àqueles gerados de uma relação fora do casamento.

Logo, em virtude das profundas mudanças sofridas pela sociedade, a paternidade deixou de ser considerada como algo patrimonialista, passando a ter um vínculo

afetivo, sendo derivada do estado de filiação em si, independente da origem da criança. Segundo os ensinamentos de Thais Silveira Stein ⁴:

O status de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída, com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao seu vínculo que se estabelece entre pai, mãe e filho seja a consanguinidade.

Ao passo que a paternidade decorre de vínculos socioafetivos, independe que essa relação decorra de meios biológicos ou não. Pai é aquele ama, educa, desenvolve e garante que a criança possa crescer de modo digno e saudável.

2.2.1 – Histórico

Antigamente a preservação do patrimônio familiar era realizada mediante a catalogação dos filhos, tornando-se até mesmo cruel, com o fim de saber se os filhos foram gerados dentro ou fora do casamento. Os termos utilizados eram de filho: legítimos, ilegítimos (naturais ou espúrios) e legitimados.

Somente com a criação do Decreto Lei 4.737/42 e da Lei 883/49 houve a possibilidade dos filhos gerados fora do casamento serem reconhecidos, contudo, somente após a dissolução do matrimônio.

Todavia, com o advento da Constituição Federal/88, houve a vedação do tratamento discriminatório dos filhos, tendo estes sido gerados na constância do casamento ou não (Artigo 227, § 6º, Constituição Federal/88). Assim sendo, haverá a caracterização da filiação com o nascimento da criança.

⁴ STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade, p. 565. In: DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das famílias, 2013, p. 365.

No âmbito da inseminação artificial, serão presumidos como concebidos no casamento os filhos gerados por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido esteja falecido. Nos casos de inseminação artificial heteróloga, somente se tiver previa autorização do marido (Artigo 1.597, Código Civil).

2.2.2 – Socioafetiva

O que se busca saber na filiação é se o filho goza da chamada “posse de estado”, a qual prova o vínculo parental existente. A relação entre pais e filhos, conforme já foi dito, não é mais regida somente por fatores biológicos, e sim, por vínculos afetivos decorrentes da convivência entre eles.

Logo, não é a lei e nem mesmo os parâmetros impostos por uma sociedade preconceituosa e discriminatória que irão mudar a verdade fática dessas relações. Filhos sempre irão reconhecer como seus pais aquelas pessoas que lhe dedicam amor e cuidados, e não aqueles que os geraram e abandonaram.

Desta forma, a filiação socioafetiva é a realidade gerada pelo direito à filiação. Ao passo que afetividade é vista como um direito fundamental houve a vedação da discriminação entre as filiações biológicas e as socioafetivas, haja vista que ambas podem conter as características e requisitos necessários para que ocorra o reconhecimento dos filhos e a geração da “posse de estado”.

2.2.3 – Homoparental

Mesmo que haja repúdio social, ainda que cada vez menor, não existe restrição legal para a constituição de uma família formada por dois pais ou duas mães e seus filhos. Essas relações passaram a receber o nome de Uniões Homoafetivas, as quais devem ser tuteladas pelo Estado semelhante a uma entidade familiar qualquer, na exata medida em que preencher os requisitos de afetividade, estabilidade, condições e interesse em manter uma família.

Atualmente, *gays* ou *lésbicas* utilizam de meios técnicos para gerarem seus filhos. Os *gays*, por sua vez, cada vez mais utilizam do sêmem de um ou outro para procederem com a fecundação em uma mulher. Já as *lésbicas* buscam extrair o óvulo de uma, sendo este fertilizado *in vitro*, posteriormente implantando no útero da outra companheira.

Logicamente o bebê passará a ter dois pais ou duas mães. Qualquer resposta ou pensamento diferente a isso certamente conterà uma forma preconceituosa de tentar arrumar outro jeito desse bebê ser reconhecido sem que se conste em sua certidão por quem foi gerado.

Em razão de todas as recentes manifestações sociais em favor, a justiça já passa a aceitar o duplo registro. Essas decisões se justificam pelo fato que essas famílias apresentam os requisitos necessários para configuração de uma entidade familiar, a qual deve ser assegurada todos os direitos inerentes a esse estado. Desta forma, nada mais justo que conceder a essas uniões a possibilidade de completarem a sua família. Ninguém pode ser privado de buscar a sua felicidade e realização pessoal, ainda mais quando se trata de uma necessidade tão natural do ser humano, sendo esta a constituição de uma família.

A jurisprudência vem admitindo a adoção entre casais homossexuais, em vista do maior reconhecimento social que essas famílias passaram a ter e em virtude do interesse no melhor bem estar da criança ou adolescente.

O pensamento retrógado de que mais vale uma criança sozinha e abandonada em instituições adotivas do que adotadas por casais homossexuais foi finalmente superada em sua maioria. Tal transformação do pensamento social se deve ao fato de que assim como a família biológica poderia conter laços indescritíveis de afeto, as famílias homoparentais também poderiam os possuir na mesma maneira.

Assim, para a caracterização do vínculo parental será necessário ocorrer a análise da possibilidade da criança gozar da posse de estado de filho. Caso a possua, claramente passa a existir o vínculo socioafetivo de parentesco, o qual deverá ser regido pelas leis nacionais e proteger a família e, principalmente, a criança.

2.2.4 – Pluriparental

Essa nova modalidade de filiação surgiu através das novas técnicas encontradas para concepção de uma criança. Assim, as participações nas concepções em substituição ou por doações de materiais genéticos acabam gerando vínculos entre todos os envolvidos.

Quando a pluriparentalidade for identificada, o reconhecimento do estado de filiação acontecerá quando for vislumbrado o vínculo parental entre mais de duas pessoas e, ainda, quando comprovado que a criança se sente em estado de posse de filho em face das mesmas pessoas.

Desta maneira, é uma obrigação legal que essas pessoas sejam colocadas sob a tutela do estado e reconhecidas perante a sociedade como uma família, preservando e garantindo o direito a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

3. UNIÃO HOMOAFETIVA

Conforme já analisado no presente trabalho, o que se requer para que haja o reconhecimento de uma entidade familiar não é o vislumbre de presunções biológicas paternas ou maternas e sim que exista a compreensão que famílias se formam por afeto, respeito e lealdade, acima de qualquer laço consanguíneo.

Tal reconhecimento não pode estar sujeito aos ideais egoístas de qual a forma moralmente aceita de ser, de viver em sociedade, haja vista que se partisse de tais posições o mundo nunca evoluiria, culminando também com o atraso legislativo sobre o tema, o qual já encontra extremas dificuldades legais em razão da falta de disposições jurídicas.

Assim, ao analisar o que caracteriza um conjunto de pessoas como entidade familiar, deve-se deixar de lado os preceitos religiosos e melhor compreender os

princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade.

Se - conforme a teoria eudemonista absorvida pela constituição federal de 1988 – a família é reconhecida pelos vínculos afetivos que envolvem seus membros, como podemos negar as uniões homoafetivas o direito de serem reconhecidas como entidades familiares se nestas relações estão presentes todos os requisitos exigidos das outras?

Tal pensamento afronta diretamente o princípio fundamental da igualdade. Se nem mesmo a Constituição restringe o âmbito do sistema familiar, como pensar em excluir essas famílias da proteção legal e do convívio em sociedade?

Por conseguinte, assim como as evoluções legislativas na Europa e América, é chegada a hora do Brasil deixar os dogmas religiosos no passado e abrir os olhos para a realidade vivida por muitos de seus cidadãos, adotando uma postura justa e igualitária para todos, sem discriminação de qualquer natureza.

3.1 – HOMOSSEXUALISMO OU HOMOSSEXUALIDADE?

O que é a homossexualidade?

Não é possível conceder uma resposta definitiva quanto a esse conceito. Contudo, certamente pode ser apresentado o que não a caracteriza. Não é: crime, pecado, doença, vício ou perversão. Qualquer pensamento nesse sentido contraria e desrespeita diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A terminologia “homossexualismo” foi substituída pelo termo “homossexualidade” por essa razão, haja vista que “ismo” significa doença enquanto o sufixo “dade” representa um modo de viver. Logo, a homossexualidade representa um modo de vida, de interação mediante afeto ou relação entre pessoas do mesmo sexo.

A sexualidade humana não tem causa, não tem padrão. Desta maneira, antes de buscar uma resposta para o comportamento que leva os indivíduos a constituírem uniões homoafetivas, deve-se entender e buscar a aceitação do outro tal como ele é,

sendo que somente desta forma será possível efetivamente o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com o fim de utilizar um termo mais justo, o Direito passa a adotar a terminologia “homoafetividade” para representar a união de duas pessoas do mesmo sexo. A transformação passada pelas famílias não fundamentadas no casamento gerou também a mudança do termo união “homossexual” para união “homoafetiva”. Nada mais justo, haja vista que tais uniões são dotadas de afeto assim como todas as outras.

Segundo Pablo Stolze Gagliano (2012), pode-se então afirmar que a união homoafetiva se trata da formação do núcleo familiar formado por duas pessoas do mesmo sexo com o intuito de constituir uma família.

Ademais, conforme já deve ter sido notado, o conceito de união homoafetiva se assemelha ao de união estável e deve ser dessa forma, haja vista que a única diferença é o sexo dos parceiros. Logo, o reconhecimento legal e a produção dos efeitos civis da união homoafetiva devem seguir os requisitos e as formas legais do reconhecimento da união estável, em razão de possuírem visivelmente o mesmo fundamento cultural, social e jurídico.

3.2 – BREVE VISÃO HISTÓRICA

Fato é que a homossexualidade está presente desde primórdios da vida humana, sendo considerada uma realidade histórica. Sabe-se da sua existência desde o início das sociedades tribais, passando pelas civilizações gregas e romanas, até chegar aos tempos atuais.

Em face da propagação da fé cristã pela Igreja, mesmo que tais uniões sempre se fizessem presente, as primeiras formas de tutela jurídica não foram concedidas sob o conceito de matrimônio, em razão do forte poder que a Igreja exercia na sociedade e nos governos. Entretanto, foi concedido o reconhecimento dessas uniões como civis, capazes de produzirem efeitos.

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união de homossexuais, no ano de 1989, concedendo inclusive o direito de troca de sobrenome”. Na Noruega, foi aprovada, em março de 1993, a lei que regulamenta as relações homossexuais. Na Suécia, a legalização ocorreu em 1995. Catalunha, Groelândia e Islândia igualmente possuem leis que concedem à parceria os mesmo direitos das pessoas casadas, só havendo impedimento à adoção. (DIAS, 2000, p. 43-44).

A Dinamarca ao reconhecer a união homoafetiva deu o primeiro passo na evolução jurídica de muitos países sobre referido tema. Contudo, o casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo somente foi reconhecida em 2001 na Holanda.

Atualmente, seguindo os passos da Holanda, muitos países passaram a reconhecer o casamento civil homoafetivo, seja de forma expressa ou implícita. A título exemplificativo, os países atuais que aceitam essa forma de união civil são: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina, Dinamarca, Uruguai, Nova Zelândia, França, Estados Unidos (Connecticut, Iowa, Massachusetts, Maryland, Maine, New Hampshire, Nova York, Vermont, Washington, Delaware, Rhode Island e Minnesota, além do Distrito de Columbia).

3.3 – RECONHECIMENTOS LEGAIS NO BRASIL

A jurisprudência tem admitindo, ainda que com certa resistência, a aplicação das regras da união estável em favor dos companheiros homoafetivos. Tal reconhecimento não ocorre da mesma forma quando o assunto é o casamento homoafetivo, ou seja, muitas decisões ainda se pautam na diversidade de sexo ao conceder a habilitação dos companheiros, conforme a tradição majoritária.

Entretanto, seguindo os avanços jurisprudenciais, o tema em questão encontra-se em fase de mutação jurídica em virtude da decisão do Superior Tribunal de Justiça

no REsp n. 1.183.378/RS, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, o qual autorizou o casamento civil homoafetivo.

Portanto, o que fundamenta o medo dos juízes em reconhecer essa possibilidade é insegurança devida a falta de regulamentação jurídica sobre o tema. Diante dessa inexistência legal, eles vêm rejeitando a tutela jurisdicional. É confundida a falta de lei com falta de direito.

A interpretação nesses casos deve ser feita de maneira analógica, progredindo na busca de valores e princípios esquecidos no bojo do judiciário. As uniões homoafetivas devem ser reconhecidas assim como as uniões estáveis e o próprio casamento, haja vista que essas relações possuem o afeto como causa geradora na exata medida em que as outras reconhecidas legalmente possuem.

Respeitando a hierarquia dos princípios constitucionais, o juiz deveria assegurar o direito a liberdade, igualdade, e a dignidade humana. Ademais, a analogia deve se pautar pelos costumes atuais vivenciados na sociedade, dessa forma surgia mais uma razão para que as uniões homoafetivas fossem reguladas pelas mesmas normas reguladoras da união estável.

Finalmente, na histórica sessão do dia 5 de março de 2011, os ministros do STF reconheceram, definitivamente, a união homoafetiva como uma entidade familiar ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

3.3.1 - ADPF 132 e ADI 4277

No dia 25 de Fevereiro de 2008 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, realizada pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. A ADPF apontou como direitos fundamentais suprimidos: o direito à isonomia, o direito à liberdade, o princípio da segurança jurídica e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O pedido principal da ação requeria a aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil às uniões homoafetivas, com base na denominada "interpretação conforme a

Constituição". Requisitava-se que o STF interpretasse conforme a Constituição, o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e que, desta forma, declarasse que as decisões judiciais que negavam a equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis afrontavam diretamente os princípios fundamentais, como o direito a igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade. Como pedido subsidiário era requerido que a ADPF – no caso da Corte Superior entender pelo seu descabimento – fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que acabou acontecendo.

No dia 02 de Julho de 2009, a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178, a qual terminou sendo recebida pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, como a ADI 4277. Tal ação constitucional tinha como objetivo principal que o STF declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sendo que tal reconhecimento somente poderia ser concedido se preenchidos os mesmos requisitos necessários para a caracterização da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

Para a maioria da doutrina talvez nunca se tenha tido uma decisão tão consensual e tão “humana” ao julgar por unanimidade essas ações constitucionais e votarem com base em princípios constitucionais ora esquecidos por muitos magistrados brasileiros. Foi um marco histórico para as famílias homoafetivas e um avanço jurisprudencial para os códigos brasileiros.

3.3.1.1 – Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

No dia 04 de Maio de 2011, ao final da sessão, o Ministro relator Carlos Ayres Britto leu seu voto. No tocante ao primeiro pedido da ADPF 132, o Ministro entendeu que a ação havia perdido o seu objetivo, haja vista que a própria legislação do Estado do Rio de Janeiro já realizava a equiparação da condição de companheiro para os fins pretendidos aos casais homoafetivos.

Desta forma, o Min. Ayres Britto deferiu o pedido subsidiário da ADPF 132, convertendo-a em Ação Direta de Inconstitucionalidade, da mesma forma que havia acontecido com a ADI 4277 quando foi recebida pelo Presidente do STF.

Destarte, o pedido de ambas as ações acabou sendo analisado em face ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro e interpretado conforme a Constituição. Prontamente, o Min. Relator deixou evidenciado a sua vontade pela procedência das ações:

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme a Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família (BRITTO, voto p. 7).

O artigo 226 da Constituição Federal foi analisado pelo Ministro relator indicando que a família – considerada pelo respectivo dispositivo como base da sociedade - foi tutelada uma especial proteção do Estado, não devendo levar-se em conta se foi constituída por meio do casamento ou de modo informal, também não importando se é integrada por indivíduos hetero ou homossexuais. Afirmou ser a família um fato espiritual e cultural, não somente constituída por vínculos biológicos (BRITTO, voto p. 31).

Classificou a família como a "figura central", a qual deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII da Constituição Federal se desdobra (BRITTO, voto p. 35).

Analisando os sem números dispositivos constitucionais que dispõe sobre a família, o Ministro Relator concluiu que a Constituição Federal não fez nenhuma diferenciação entre a família fática e a formalmente constituída. Entendeu não haver distinção entre a família heterossexual e a família homoafetiva. Disse ainda que, "sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa", a Constituição brasileira não atribuiu ao termo "família" nenhuma interpretação ortodoxa. "Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser" (BRITTO, voto p. 36-37).

Atingiu então uma das questões mais necessárias atualmente: configuração da união homoafetiva como entidade familiar. O Ministro Relator entendeu que a igualdade entre os pares hetero e homoafetivos somente seria pleno se houvesse "sentido se desembocar no igual direito de uma autonomizada família". Dispôs ainda que por meio de uma interpretação sem reduzir o conceito de família, vislumbrava que a Corte Superior faria o que lhe era de sua responsabilidade: "manter a Constituição da posse do seu atributo fundamental de coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico" (BRITTO, voto p. 38).

Relembrou que o instituto do casamento é regrado pela CF, mas não possui nenhuma referência aos termos "homem" e "mulher", como acontece com a união estável. Desta forma, concluiu o Ministro relator que a presença da duplicidade de sexos na união estável se deve somente a um amparo normativo à ideia de que homens e mulheres são iguais⁵, colidindo com "a renitência patriarcal dos nossos costumes", que em nada se relaciona com a separação da homoafetividade e da heteroafetividade (BRITTO, voto p. 39-43).

Se posicionando totalmente a favor da equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, disse o Min. Ayres Britto que não se deve utilizar a letra da Constituição da República para "matar o seu espírito". Disse ainda que não se deve separar por um parágrafo, o que a vida uniu pelo afeto, em clara remissão ao art.

⁵ Contrária, neste ponto, a Ministra Carmem Lúcia afirmou que "contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembleia Constituinte demonstram que assim não foi". Voto Min. Carmem Lúcia, p. 6.

226, par. 3º da CF. Afirmou que se processe a uma interpretação jurídica acanhada ou reducionista "seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz..." (BRITTO, voto p. 43-44).

O Ministro relator se posicionou frente a questão da adoção ao afirmar que desimporta a orientação sexual dos adotantes, desde que observado o melhor interesse do adotando (BRITTO, voto p. 48-49). Finalizou julgando parcialmente prejudicada a ADPF 132, convertendo-a na parte remanescente em ADI.

No mérito, julgou procedentes as duas ações constitucionais, concedendo ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro uma interpretação conforme a Constituição para do mesmo segregar qualquer entendimento que possa impedir o reconhecimento da "união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar'". Mister ressaltar que tal reconhecimento está sujeito aos mesmos requisitos e possui as mesmas consequências da união estável heterossexual (BRITTO, voto p. 49). Logo, para todos os fins de direito, as uniões homoafetivas foram equiparadas às uniões heteroafetivas.

3.3.1.2 – Os votos restantes

O 2º (segundo) votante do julgamento, Ministro Luiz Fux, destacou a relevância jurídica da ADPF 132, também convertida por ele em ADI, deferindo o pedido subsidiário de interpretação do art. 1.723 do CC, conforme a Constituição e acolhendo o pedido desta ação, com o disposto na ADI 4277, julgada em conjunto.

O Min. Fux ao analisar o mérito das ações primeiro fez um passeio pelo conceito da homossexualidade, afirmando que a mesma é um fato da vida, além de constituir uma orientação – e não opção – sexual. Afirmou o Ministro que:

(...) na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pré) Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da

privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades (FUX, voto p. 9).

Disse ainda que os casais homoafetivos constroem vínculos contínuos e duradouros, baseados no afeto e com o desejo e objetivo de compartilhar planos de vida, apresentando dados do último censo que apontaram a existência de mais de 60 mil casais homossexuais no Brasil. Estabeleceu que não existe impedimento jurídico para a constituição das uniões homoafetivas no Brasil. Conforme o Min. Fux:

Não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos (FUX, voto p. 9).

Segundo o Ministro (FUX, voto p. 18/19), a aplicação da "política de reconhecimento" dos direitos dos casais homoafetivos é de extrema necessidade, por "admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra". Asseverou que há justificação na restrição à união estável homoafetiva "ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença". Conforme o voto do Min. Fux, a segurança jurídica que o reconhecimento da união homoafetiva traria afastaria a incerteza e traria segurança e previsibilidade nos mais diversos campos legais.

Afirmou que, "seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo

à legitimação jurídica das uniões homoafetivas" (FUX, voto p. 22), raciocínio que deve ser estendido ao art. 1.723 do Código Civil.

Concluindo que, "urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas" (FUX, voto p. 22). Logo, votou pela procedência das duas ações, de modo que o referido dispositivo do CC brasileiro fosse interpretado conforme a Constituição.

Procedendo ao julgamento, no voto da Ministra Carmem Lúcia (terceira a votar), acompanhando os votos dos dois Ministros que anteriormente haviam votado, ficou evidente o entendimento consensual da suprema corte na repressão ao preconceito e a discriminação, afirmando em seu voto que, *"todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito"* (LÚCIA, voto p. 3).

Segunda a Min. Carmem Lúcia, os dispositivos em questão (art. 1.723 do CC, assim como o próprio art. 226, par. 3º) deveriam ser interpretados conforme o disposto nas normas constitucionais. A Ministra observou o caminho percorrido pela jurisprudência dos tribunais estaduais de primeira instância, os quais já vinham assegurando diversos direitos aos casais do mesmo sexo. Logo, julgou procedentes as duas ações constitucionais, nos termos dos pedidos formulados.

O Ministro Ricardo Lewandowski, quarto a votar, se mostrou a favor da equiparação das uniões homoafetivas com as uniões estáveis. Contudo, ao contrário dos Ministros que votaram anteriormente, não admitiu a classificação da união homoafetiva como união estável, alegando que o texto constitucional é categórico e entende que essa era a vontade do legislador.

Segundo o Ministro, não há como enquadrar a união homoafetiva como união estável, da forma como está prevista no art. 226, par. 3º da CF.

Entendeu o Min. que se encontravam diante de uma nova forma de entidade familiar, sendo que esta não estava prevista no art. 226 da Constituição Federal, podendo ser incluída a partir de uma leitura taxativa da Carta Magna, tendo em vista

a presença e imposição dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, não discriminação por orientação sexual e preservação da intimidade.

Relembrou que as uniões entre homoafetivas constituíam uma realidade fática e não estavam proibidas pelo ordenamento jurídico, devendo ser conhecidas pelo Direito.

Em relação ao conceito e concessão da proteção estatal às uniões homoafetivas, o Ministro propôs que houvesse uma integração analógica. Afirmou o Ministro que:

(...) o que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo (LEWANDOWSKI, voto p. 13).

Observou que o rol de entidades familiares constante do art. 226 da CF não é *numerus clausus*, ou seja, é meramente exemplificativo.

Desta forma, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e estabelecendo que a ela se aplique as mesmas regras e requisitos da união estável entre homem e mulher, julgando procedentes as duas ações constitucionais.

O Ministro Joaquim Barbosa, ainda que se posicionasse de forma contrária aos usados, julgou procedentes as duas ações constitucionais. Segundo o Ministro, o fundamento constitucional para o reconhecimento das uniões homoafetivas é encontrado em todas as normas constitucionais que protegem e zelam pelos direitos fundamentais, e não somente no artigo 226, parágrafo 3º da CF.

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, o fundamento do reconhecimento das uniões homoafetivas está presente na garantia dos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o direito a não discriminação, "normas essas autoaplicáveis que incidem diretamente sobre essas relações de natureza

privada irradiando sobre elas toda força garantidora que emana do nosso sistema de proteção de direitos fundamentais" ⁶. Em seu voto, fixou novamente o posicionamento da Suprema Corte contra o preconceito e a discriminação.

O Min. Gilmar Mendes – sexto a votar - disse que era dever do STF assegurar e garantir proteção jurídica às uniões homoafetivas, em atendimento aos direitos das minorias e aos direitos fundamentais. ⁷

Como o Min. Lewandowski, o Min. Gilmar Mendes também entendeu existir uma lacuna legal, devendo ser completada por meio de aplicação analógica da Constituição Federal, acompanhando o voto do Min. Ayres Britto, porém, apresentou divergências de fundamentação.

Dando sequência ao julgamento, a ministra Ellen Gracie - sétima a votar – seguiu o voto do Ministro Relator em sua totalidade. A Ministra evidenciou a evolução dos direitos dos homossexuais, desde a descriminalização destes até o efetivo reconhecimento das famílias homoafetivas. A Ministra se posicionou contrária a todas as formas de discriminação e preconceito, dizendo que "uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes" ⁸.

O Ministro Marco Aurélio se posicionou a cerca um questionamento ao afirmar que há possibilidade inclusão no regime da união estável uma situação que não foi regulamentada pelo legislador inicialmente, e que tal ocorrência jurídica não se caracterizaria um "transbordamento dos limites da atividade jurisdicional" (AURÉLIO, voto p. 3).

O Ministro disse que deveria existir uma separação entre os conceitos morais – em especial religiosos – e a concessão de direitos civis, em respeito aos direitos e garantias fundamentais. Disse ainda que a base religiosa ainda obsta o avanço da questão da homoafetividade, em especial na tramitação dos projetos no legislativo, postura caracteriza a face do puro preconceito. Afirmou que:

⁶ Ministro Joaquim Barbosa reconhece união homoafetiva com base nos direitos fundamentais". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178888>. Acesso em 27/05/2014.

⁷ "Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178918>. Acesso em: 27/05/2014.

⁸ "Ministra Ellen Gracie acompanha voto do relator reconhecendo a união homoafetiva". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178937>. Acesso em: 27/05/2014.

É incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema (AURÉLIO, voto p. 7).

Em seu voto, o ministro entendeu que é obrigatória a concessão da proteção jurídica a união homoafetiva, sendo esta reconhecida como entidade familiar, pois, caso não exista essa proteção, haveria um juízo de exclusão em face do afeto entre homossexuais, reprovando e desmerecendo-o do respeito da sociedade e proteção do Estado, o que confronta diretamente a dignidade dessas pessoas, as quais desejam somente alcançar o amor e a felicidade.

Em relação à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, observou a obrigação do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirmou a inexistência de proibição constitucional à aplicação do regime da união estável a tais uniões homoafetivas. Conforme o voto do Min. Marco Aurélio:

(...) há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários (AURÉLIO, voto p. 17).

Assim julgou procedente o pedido de conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 Diploma Civil brasileiro.

O Ministro Celso de Mello julgou procedentes as referidas ações constitucionais, declarando ainda com eficácia vinculante a obrigação do reconhecimento, como entidade familiar, da união homoafetiva, caso forem atendidos os mesmos requisitos exigidos para configuração da união estável entre homem e mulher. Reconheceu também que os mesmos deveres e direitos dos companheiros nas uniões estáveis serão estendidos aos companheiros na união homoafetiva, atribuindo novamente eficácia vinculante.

Seguindo a decisão, o Ministro Cezar Peluso - décimo e último a votar – observou que a questão em tese é uma lacuna normativa, que deve ser suprimida mediante analogia, concedendo a equiparação das uniões homoafetivas com a união estável, tendo em vista a semelhança das duas entidades familiares. Asseverou que o art. 226 da CF deve ser visto como norma de inclusão e não exclusão, permitindo a inserção de outras formas de família. Portanto, o min. Peluso votou pela procedência das duas ações constitucionais convocando o Poder Legislativo para que regulamentasse a união estável homoafetiva.

3.3.1.3 – Decisão

A ADPF 132 e a ADI 4277 foram julgadas procedentes de forma unânime por todos os 10 ministros. Houve então o reconhecimento da união homoafetiva como

entidade familiar, aplicando à mesma o regime no que tange a união estável entre casais heterossexuais, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Entretanto, ocorreram algumas divergências em alguns votos. Conforme já mencionado, determinados votos possuíram sua fundamentação na interpretação analógica conforme a Constituição, de acordo com o pedido principal formulado nas petições iniciais de ambas as ações. Outros votos indicaram que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar se motiva nos direitos fundamentais.

Foi lembrada ainda a existência de uma lacuna normativa, a qual deveria ser solucionada por meio de analogia, preenchendo tal termo com o instituto mais aproximado: a união estável. Ao final, ainda ocorrerão conclusões de que se deveria aplicar de forma extensiva o regime jurídico da união estável, abrangendo assim as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. Todavia, ainda que os votos apresentassem divergência de fundamentação, todos eles levaram firmaram a posição do Supremo Tribunal Federal contra qualquer forma de preconceito ou discriminação.

Tal decisão concedeu às uniões homoafetivas a mesma proteção e garantia legal que eram concedidas as uniões estáveis, entendendo que aquelas estão submetidas ao mesmo regime desta, culminando com a geração de uma grande dimensão de direitos e deveres. Desta forma, a intolerância e o preconceito foram totalmente afastados de qualquer interpretação referente ao tema, fazendo valer o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

3.3.2 – Resolução nº. 175/13 do Conselho Nacional de Justiça

A referida resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14/5/2013, prevê a habilitação, celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre casais homoafetivos. Tal decisão, baseada no julgamento da ADPF 132 e a ADI 4277, era aguardada por muitos companheiros homoafetivos que ainda se encontravam marginalizados no direito brasileiro sem possibilidades legais de se casarem civilmente.

O texto da resolução, ainda que curto, representou uma grande evolução normativa no Código Civil e nos registros públicos brasileiros. Tal decisão, conforme já foi dito, foi fundamentada nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277/, sendo que foi por meio destes que houve o reconhecimento pelo STF sobre a inconstitucionalidade na distinção de tratamento jurídico às uniões homoafetivas, e também através do julgamento do RESP 1.183.378/RS, o qual concluiu e julgou pela inexistência de impedimentos legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere ao conteúdo da referida resolução, “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo” (§1º), sendo que caso ocorra recusa à efetivação dos referidos procedimentos “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis” (§2º).

Ainda, é mister proceder a análise dos efeitos gerados pelas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, deve-se observar que as decisões foram tomadas em sede de ADPF e ADI. Nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição, as decisões proferidas em sede de ADI “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Nesse mesmo sentido, os efeitos das decisões em sede de ADPF.

Destarte, não existe a menor dúvida da competência das referidas decisões do Supremo Tribunal Federal a fundamentar a Resolução nº 175/2013 do CNJ.

A Resolução veio em uma hora importante. Não havia ainda no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo

sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento.⁹

Entretanto, ainda que tal decisão seja de caráter nacional e de efeito *erga omnes*, é dever do próprio CNJ tratar, nos termos do disposto no artigo 103-B da Constituição, das questões administrativas. É de sua competência a fixação dos procedimentos que devem ser adotados pelos profissionais do Direito, sendo estes aqueles que foram delegados dos serviços de registro civil das pessoas naturais.

A Resolução nº 175/2013 ainda indica que, caso os empregados delegados que realizam o serviço notarial e o de registro descumpram com o seu disposto, esse descumprimento “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”, as quais, nos termos do artigo 32 da lei federal nº 8.935/94, poderá gerar a aplicação da pena de repreensão, de multa, de suspensão (por noventa dias, prorrogáveis por mais trinta) ou de perda da delegação.

Logo, a decisão nessa resolução e imposta nacionalmente representa um marco normativo que objetiva a efetiva consolidação dos direitos e garantias fundamentais dessas pessoas que, até recentemente, sem qualquer motivação legal, não tinham acesso ao casamento civil.

Em suma, a evolução jurídica se mostra cada vez mais real em virtude de tais decisões, sejam estas em prolatadas por órgãos superiores ou por órgãos de primeira instância. Cada vez mais a sociedade por meio de suas diversas reivindicações jurídicas, faz com que caia a venda dos olhos dos órgãos legislativo, judiciário e executivo. A realidade é única: a união homoafetiva existe e como tal, merece igualmente a tutela estatal e a garantia de cumprimento dos direitos a ela inerente. Que o Direito seja executado para seu fim maior: A Justiça e Igualdade.

⁹ “Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay (...)” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acessado em 27/05/2014.

4. ADOÇÃO

4.1 – CONCEITO E BREVE VISÃO HISTÓRICA

A adoção consiste em um ato jurídico solene através do qual alguém acolhe em sua família terceiro estranho a esta. Por ser um ato solene, como bem observa Roberto Senise Lisboa (2010), deverá ser efetivada por meio de escritura pública quando o adotado for capaz ou por sentença judicial nos demais casos.

Suas origens são encontradas até mesmo no direito primitivo, onde havia a integração de um terceiro estranho a sua nova família através de um culto doméstico. O direito francês foi o responsável pela regulamentação inicial da adoção de pessoas maiores e, logo após, a de menores; superando o descaso e o desrespeito sofrido na idade média.

Através da evolução social, tal instituto passou a garantir a possibilidade da criação de um vínculo entre o adotando e o adotante, superando quaisquer laços meramente biológicos. Como bem ressalta Luiz Edson Fachin (1999), trata-se de uma modalidade de filiação enraizada no amor, consagrando uma paternidade socioafetiva.

A Adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante (DINIZ, 2010, p. 523).

Tal instituto determina a observância do melhor interesse da criança, conforme artigo 100, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde este princípio é tido como norteador das aplicações de medidas de proteção. Ademais, a doutrina majoritária confere proteção integral e a vedação a qualquer discriminação, alterando assim, a perspectiva ultrapassada da adoção.

O conceito tradicional onde se buscava uma criança para uma família de forma meramente contratual foi abandonado. A modernidade ressalta a necessidade da busca de uma família para uma criança, sendo que o enfoque legal é o menos importante diante de todo estado socioafetivo envolvido.

A Constituição Federal de 1998 assegurou os mesmos direitos e qualificações para os filhos havidos na constância ou não do casamento ou através de adoção. Preenchidos os requisitos exigidos pela legislação atual, a partir da constituição por uma sentença judicial e ratificação pelo registro de nascimento, o adotando deixa seu passado para trás e se torna filho, adquirindo os mesmos direitos e obrigações como qualquer outro descendente.

No direito anterior existiam duas espécies de adoção: a simples (Código Civil de 1916 e Lei n. 3.133/57) e a plena (Lei n. 8.069/90, artigos 139 a 52).

A adoção simples, também conhecida como restrita, regulava somente o vínculo criado entre adotante e adotando, que poderia ser pessoa maior ou menor entre 18 e 21 anos. Contudo, a posição de filho estabelecida não possuía caráter definitivo ou irrevogável. Tal forma de adoção não incluía o adotando totalmente em sua nova família, sendo que este ainda estava vinculado aos parentes biológicos.

Conforme previa o artigo 378 do Código Civil de 1916: “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo”. Essa situação fazia com os adotantes tivessem que “partilhar” o filho adotado com a família biológica deste.

Através do advento da Lei n. 6.697, instituindo o Código de Menores, surgiu à adoção plena, porém, aplicável somente ao menor que estivesse em situação “irregular”. Enquanto a adoção simples se restringia somente ao vínculo entre adotante e adotando, sem que este se desvinculasse de sua família biológica, era revogável e não extinguia os direitos e deveres do parentesco natural, a adoção

plena garantia a possibilidade de que o adotado devesse ingressar na família de seu adotante como se filho dele fosse, apagando o parentesco anterior a este.

Com a revogação da Lei n. 6.697/79 pela Lei n. 8.069/90, art. 267, a adoção passou a receber nova regulamentação, trazendo a regra de que sempre seria plena para os menores de 18 anos, sendo que adoção ficaria restrita somente aos adotandos que já tivessem completado essa idade.

A adoção plena, regulamentando as adoções de menores de 18 anos, foi assim chamada por garantir o direito do adotando ingressar totalmente na família de seu adotante, desligando-o de qualquer vínculo mantido com sua família biológica, salvo os impedimentos para o casamento.

Por meio do novo Código Civil (artigos 1618 e 1619) e pela Lei n. 8.069/90 (artigos 39 a 50, com redação da Lei n. 12.010/2009), a adoção simples e a plena foram revogadas, haja vista que a adoção passa a ser irrestrita, trazendo importantes reflexos nos direitos de família, sucessões e patrimoniais.

4.2 – LEI NACIONAL DA ADOÇÃO (LEI Nº 12010/2009)

No momento atual, conforme já mencionado, a adoção é regida pela Lei n. 12.010/09. Introduzindo inúmeras mudanças na legislação, principalmente em face ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a referida lei de apenas sete artigos revogou dez artigos do Código Civil que tratavam da adoção (artigos 1620 a 1629), conferindo também nova redação a outros três (artigos 1618, 1619 e 1734), acrescentando dois novos parágrafos a Lei n. 8.560/92, a qual regula a investigação de paternidade.

Segundo Maria Berenice Dias (2013), a referida lei veio com intuito de acelerar o processo de adoção, todavia não seja possível observar tal rapidez na prática no dia a dia, contudo, institui significativas mudanças no âmbito legal: estabeleceu prazos, determinou a criação de um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes aptas para serem adotadas pelas partes interessadas e habilitadas,

limitando em dois anos a permanência dos jovens em abrigos (podendo ser prorrogados em caso de extrema necessidade).

A idade mínima para adotar, segundo a lei em vigor e conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2014), é de 18 anos, sendo que a perda do poder familiar sob a criança adotada acontecerá no máximo de 120 dias após o encaminhamento do processo de adoção ao judiciário e, na hipótese de haver algum recurso no trâmite do processo, este deverá ser julgado no prazo máximo de 60 dias.

Uma das principais garantias e direitos assegurados pela redação da legislação atual é a possibilidade do adotando conhecer sua origem parental biológica e possuir acesso ilimitado ao processo de adoção do qual foi parte, caso esta for sua vontade. Tal possibilidade abrange os seus descendentes, caso queiram conhecer a história de sua família.

A prioridade para adoção é concedida aos brasileiros, conforme se verifica pela exigência de que somente será concedida a adoção por estrangeiros na falta de brasileiros habilitados e aptos para adotar e desde que cumpridos o mínimo de 30 dias de convivência familiar no Brasil, independente da idade da criança.

Grupos de irmãos deverão ser colocados sob adoção, guarda ou tutela na mesma família substituta (artigo 28, §4, ECA). Com base no artigo 92, § 2, ECA, os dirigentes das entidades que realizam o programa de acolhimento familiar ou institucional deverão efetuar e encaminhar um relatório ao juízo competente, a cada seis meses, a fim de reavaliar judicialmente crianças e adolescentes que estejam em programas de acolhimento.

Conforme já mencionado, as crianças e adolescentes não poderão permanecer em tais entidades por prazo superior a dois anos (artigo 19, §2º, ECA), haja vista que não há como observar o atendimento do princípio do melhor interesse da criança se esta fique em determinado local por prazo superior ao previsto. Entretanto, é de se ressaltar a justificativa jurisdicional mais utilizada em face da realidade brasileira: não há lugar para essas crianças e adolescentes se estas deixarem a entidade.

A verdade é que a adoção não é tida como regra no ordenamento jurídico atual, sendo que a criança deve ser criada por sua família biológica e somente se

procederá à adoção quando não houver mais condições da família natural ou extensa de criar essa criança (artigo 39, ECA).

Destarte, contrariando todo o fundamento de celeridade e o princípio de proteção para qual foi criada, a Lei Nacional da Adoção cria inúmeros entraves burocráticos para a concessão de uma nova família a uma criança já abandonada por sua família natural, seja de forma patrimonial, seja pela forma afetiva.

Tal disposição é amplamente criticada por grande parte da doutrina, haja vista que inúmeras famílias brasileiras abandonam, abusam e violentam seus filhos por não possuir qualquer entendimento do que é ser pai ou mãe. Se tal norma legal for levada ao pé da letra, as crianças que poderiam ter a chance de possuir uma família que realmente as desejam, estaria perdida.

É sabido que a cultura brasileira mais humilde, salvo exceções, não tomam as medidas necessárias para evitar a gravidez precoce e indesejada, resultando na marginalização de milhares de crianças. Em paralelo, existem famílias cujo desejo maior é terem filhos, possuindo condições psicológicas, patrimoniais e afetivas para criar uma criança, contudo, muitas vezes tais vontades não são alcançadas por motivos alheios aos seus.

O Estado não possui mais qualquer controle sobre os números de crianças, adolescentes e jovens colocados sob os cuidados de tais entidades. O Cadastro Nacional da Adoção, criado para agilizar os processos de adoção, mascara a realidade do abandono de tais jovens ao mostrar somente um pequeno contingente de crianças disponíveis a adoção, o que obsta todo o processo judicial para acolhimento de uma dessas crianças.

O judiciário, atendendo ao disposto legal, despende muito tempo buscando algum familiar que deseje adotar a criança, sendo que na maioria das vezes tal resposta é negativa e, quando finalmente a criança se torna disponível para adoção, ninguém mais a quer.

É fixado legalmente: quem não é habilitado não pode adotar. Deste modo, as autoridades judiciárias e membros do Ministério Público retiram crianças de famílias onde estas foram acolhidas com amor e cuidado, para cedê-las a casais habilitados,

sem levar em conta que tais jovens entenderam que estão sendo abandonados novamente, o que poderia causar severos danos psicológicos.

Em virtude da enorme burocracia que se tornou a adoção, casais que desejam ter filhos e não conseguem, em vez de buscarem o acolhimento de uma criança abandonada preferem recorrer a clínicas de reprodução assistida. Mesmo que seja uma técnica legalmente aceita, faz com que crianças percam a chance de encontrarem uma família e que fiquem cada vez mais a margem da sociedade da qual acreditam já não fazerem parte.

Portanto, mesmo que a Constituição Federal atual determine que o Estado promova a proteção especial prioritária das crianças, adolescentes e jovens, este nos parece esquecer-se de seu dever.

Quando não são garantidos a estes jovens o direito e a possibilidade de serem acolhidos por uma família, é negado não somente o direito a uma convivência familiar, mas também a sobrevivência digna dos mesmos. Não é drama e nem romantização da realidade, é fato. Essas crianças, jovens e adolescentes ao atingirem a maioridade sem um lar certo e determinado não terão lugar para onde recorrer, caindo muitas vezes no caminho da prostituição e das drogas.

4.3 – REQUISITOS LEGAIS PARA ADOTAR

Para proceder à adoção é mister preencher os requisitos a seguir elencados:

1. Idade mínima de 18 anos para o adotante, independente de seu estado civil, sendo defeso o pedido em favor do requerente que seja ascendente ou irmão do adotando (art. 42). Essa adoção receberá o nome de singular, prevista na lei n. 8.060/90, artigo 42.

Poderá ocorrer também em face de casal ligado pelo matrimônio ou por união estável, desde que comprovada a estabilidade familiar (adoção conjunta), prevista na lei n. 8.069/90, artigo 42, § 2º, com redação dada pela lei n. 12.010/09.

No caso de pessoas divorciadas ou separadas judicialmente ou até mesmo extrajudicialmente e ex-companheiros, poderão proceder à adoção conjunta quando a convivência com o adotando ocorreu no período em que ainda estavam juntos, desde que seja comprovada a afetividade e afinidade entre adotantes e adotando e que procedam a um acordo sobre a regularidade de visitas e guarda do menor (Lei n. 8.069/90, artigo 42, § 4º, redação da Lei n. 12.010/09), garantindo o direito previsto na Constituição Federal de convivência familiar (artigo 227, CF/88).

Por conseguinte, tal procedimento de adoção somente se dará quando ficar demonstrado o melhor interesse do menor e a continuidade de uma convivência familiar já constituída, sendo assegurado o direito a guarda compartilhada, conforme se verifica pela redação do novo Código Civil, artigo 1584 e pela Lei n. Lei n. 8.069/90, artigo 42, § 5º, redação da Lei n. 12.010/09.

Os tutores e curadores somente serão legitimados para adotar seu tutelado ou curatelado quando prestarem contas de sua administração e saldarem o alcance, se houver (artigo 44, Lei n. 8.069/90). Tal exigência é gerada para proteger o tutelado ou os filhos de pessoa interditada, haja vista que o curador ou tutor pode ingressar com uma ação de adoção somente para se eximir do dever de prestar contas e responder pelos débitos gerados em sua administração.

No direito brasileiro atual não há qualquer vedação do número de menores ou jovens que o adotante possa adotar, podendo ocorrer simultânea ou posteriormente. Tal possibilidade demonstra uma gradativa evolução desde o Código Civil de 1916, onde somente poderia proceder a uma adoção os casais com mais de 50 anos e sem prole.

Quando a adoção se der por pessoa solteira ou que não viva em união estável, haverá a constituição de uma nova entidade familiar, denominada família monoparental, conforme já elucidado no primeiro capítulo deste trabalho.

2. Diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotando, artigo 42, § 3º, Lei. 8.069/90, em razão da não possibilidade de alguém conseguir criar o adotando quando sua idade for igual ou inferior a este. Caso a adoção se dê entre um casal, bastará que um deles tenha a diferença de 16 anos em face ao adotando.

3. Consentimento do adotante, adotando, seus pais ou de seu representante legal (tutor ou curador), como prevê o artigo 166, §§ 2º, 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, tal exigência não produzirá efeitos quando os pais do adotando não forem conhecidos ou quando já tiverem sido destituídos de seu poder familiar (§ 1º).

Neste caso, não terá necessidade do consentimento do representante legal e nem mesmo do adotando, caso haja prova de que o menor se encontre em situação de risco, seja por estar em ambiente hostil ou por sofrer maus tratos ou abandono, ou quando os pais estejam desaparecidos e já tendo sido esgotadas as formas de buscas, ou ainda quando estes já tiverem perdido o poder familiar.

Ademais, quando os detentores do poder familiar não forem localizados, deverão ser citados por edital. Conforme observa Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 405), depois de cumpridas todas as exigências legais, “e decretada a destituição por sentença passada em julgado, a autoridade judiciária, ao deferir a adoção, suprirá o consentimento paterno”.

Todavia, quando os pais do adotando forem conhecidos e ainda possuírem o poder familiar, será indispensável que ambos expressem seu consentimento, pois, a anuência de um não significa que o outro também consentiu (artigo 45, *caput*, ECA). Por conseguinte, se houver a recusa de qualquer um dos pais, tal decisão impedirá a adoção.

O artigo 28, § 1º do mesmo diploma estabelece a necessidade de que quando houver a possibilidade, “a criança ou adolescente será previamente ouvida por equipe profissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de

compreensão sobre as implicações da medida e terá sua opinião devidamente considerada”.

O § 2º do mesmo artigo prescreve que quando o adotando for “maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência”. Essa oitiva do menor deverá ser acompanhada pelo representante do Ministério Público. A pessoa maior poderá consentir posteriormente, mediante atos inequívocos.

O consentimento dos genitores, representantes legais e pelo adotando poderão ser revogados no curso do processo e “até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção” (artigo 166, § 5º, ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a possibilidade da adoção *post mortem* (artigo 42, § 6º, ECA), onde o efeito da sentença irá retroagir à data do falecimento do adotante, desde que a propositura da ação tenha ocorrido antes do óbito e devendo ser comprovada a vontade do adotante em acolher o adotado como seu filho, constituindo uma forma de adoção socioafetiva em razão da primazia do melhor interesse do menor.

Se o pedido foi formulado, mas a instância por qualquer motivo se extinguiu e, após sua extinção, houve o óbito do requerente, não se defere a adoção, porque a morte subsequente ao pedido não se deu no curso do procedimento. Ocorrendo esses pressupostos, o juiz deve deferir o pedido de adoção, gerando a sentença todos os efeitos daquela (RODRIGUES, 2004, p. 343).

A chamada adoção unilateral é aquela que ocorre quando cônjuge ou companheiro traz para convivência familiar filho tido fora desse relacionamento, neste caso, um dos cônjuges ou companheiros irá adotar o filho do outro, contudo, o vínculo de filiação será mantido entre o adotando e o cônjuge ou companheiro do adotante e seus respectivos parentes (artigo 41, § 1º, ECA). Quando ocorrer referida hipótese,

o cônjuge ou companheiro será mantido em seu poder familiar (artigo 1631, Código Civil).

Ademais, a adoção somente ocorrerá quando “apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (artigo 43, ECA). Tal exigência se dá em razão da primazia do melhor interesse do menor, como já argumentado, e em decorrência da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/90 – cláusula 3.1.

4. O procedimento de adoção, seja de menores ou maiores de idade, deve sempre seguir um processo judicial (artigo 47, ECA e artigo 1619, Código Civil). Contudo, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente determinou uma série de procedimentos próprios quando a adoção for de menores de 18 anos (artigos 165 a 170), sendo estas devendo ser seguidas e fiscalizadas pelo Juiz da Infância e da Juventude (artigo 148, III).

Ademais, a adoção desses menores somente ocorrerá quando cumprida a exigência do estado de convivência, salvo quando o adotando já se encontrar sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível a comprovação da existência do vínculo afetivo entre eles (artigo 46, § 1º, ECA).

Quando o adotando for maior, a competência para deferimento ou não da medida, assim como análise do cumprimento dos requisitos e se a adoção é o melhor caminho para o adotado pertencerá ao Juízo de Família. A adoção de maiores de 18 anos dependerá também da efetiva assistência do Poder Público.

Averiguado todo o procedimento, caso seja observado que determinados requisitos não foram cumpridos ou foram suprimidos, a adoção poderá ser anulada judicialmente (artigo 166, V e VI, Código Civil). Entretanto, deve-se deixar de lado determinadas formalidades e burocracias quando ficar demonstrado que o indeferimento do processo de adoção ou a anulação do mesmo afetar o bem estar e a vida digna do menor ou maior interessado.

Neste âmbito, a adoção poderá ser declarada nula se: a) o requerente não tiver mais de 18 anos (artigo 42, ECA); b) se não houver mais de 16 anos de diferença de

idade entre adotante e adotando (artigo 42, § 3º); c) duas pessoas, sem serem marido e mulher ou convivente, adotarem a mesma pessoa (artigo 42, § 2º); d) o tutor ou curador não tiver prestado contas de sua administração (artigo 44); e) houver vício comprado resultante de simulação ou de fraude a lei (artigos 167 e 166, VI).

A anulação poderá ocorrer quando: a) faltar assistência do pai, tutor ou curador, ao consentimento do adotando relativamente incapaz (artigo 171, I, Código Civil); b) vício no consentimento do adotando e do representante legal deste, quando for expresso em razão de coação, erro, lesão, estado de perigo ou dolo (artigo 171, II).

4.4 – EFEITOS DA ADOÇÃO

A adoção irá gerar uma série de efeitos para o adotando e o adotante, podendo ser separados em efeitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial. Os efeitos pessoais por sua vez se dividem em: a) parentesco; b) poder familiar e c) nome. Já os efeitos de ordem patrimonial se restringem aos alimentos e ao direito sucessório.

4.4.1 – Efeitos Pessoais

1. O artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que a adoção irá romper automaticamente com o vínculo de parentesco entre o adotando e sua família biológica (salvo os impedimentos do casamento). Desta forma, os pais de origem do adotando perderam seu poder familiar sobre ele, não podendo exigir que receba notícias da criança ou do jovem, nem mesmo quando este atingir a maioridade.

Esse rompimento é garantido com intuito de incluir efetivamente essa criança ou jovem na nova família em que está ingressando, sem passado, sem bagagem, para tornar a sua adaptação um pouco mais tranquila e estável.

Os efeitos da adoção irão se efetivar a partir do trânsito em julgado da sentença que deferiu a medida, com exceção da adoção *post mortem* já mencionada onde terá força retroativa até a data do óbito do requerente (artigo 47, § 7º, ECA).

Ademais, conforme artigo 39, § 1º, do Estatuto da Criança do Adolescente, a adoção é medida de exceção e irretratável, “a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do artigo 25 desta lei”.

Segundo o artigo 47, §§ 1º e 2º do mesmo Estatuto, a sentença que deferiu a adoção deverá ser inscrita no registro civil mediante mandado.

(...) A inscrição da sentença de adoção consignará os nomes dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes, sendo que o mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado. Nenhuma observação sobre a origem da adoção poderá constar das certidões de registro (art. 47, § 4º). O intuito é fazer com que caia no esquecimento a paternidade biológica e haja uma integração total do adotado na família do adotante (GONÇALVES, 2014, p. 408).

Em virtude da nova disposição da Lei da Adoção, o adotante poderá optar por realizar o novo registro no Cartório de Registro Civil do município de sua residência (artigo 47, § 3º, ECA).

Portanto, ao proceder a adoção, cria-se um novo vínculo parental entre adotante e adotando, onde será rompido os laços da criança ou jovem com sua família biológica, passando a ser considerado pessoalmente e patrimonialmente como filho do adotante, devendo receber todos os direitos e deveres inerentes a essa posição.

2. A partir da adoção, o adotando passará a integrar e estar sujeito ao poder familiar do adotante, sendo que este receberá todos os direitos e deveres de pai ou mãe que lhe são necessários, elencados no artigo 1634 do Código Civil.

Como já dito, o adotando não possuirá mais nenhum vínculo com sua família biológica, caso o adotante venha a óbito, o menor deverá ser colocado sob tutela, haja vista que o poder familiar não poderá ser restaurado.

3. Em conformidade com o artigo 47, § 5º, ECA, “a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome”.

Contudo, se tal pedido vier do adotante, é imprescindível que se proceda a oitiva do adotado, devendo ser observado, claramente, o estágio de desenvolvimento deste, bem como se há compreensão da medida requerida pelo adotante, quando for menor de 12 anos (artigo 28, §§ 1º e 2º, ECA).

O sobrenome do adotante deverá ser o mesmo do adotado, sendo vedado sobrenome diferente deste em relação aos outros filhos do requerente, adotados ou não, para que não haja qualquer forma de discriminação. Como o nome é um dos direitos de personalidade, este incorporará ao adotando e se transmitirá aos seus descendentes.

4.4.2 – Efeitos Patrimoniais

1. Ao passo que adotante e adotando se tornam parentes para todos os fins, estes deverão *alimentos* uns aos outros. Essa medida é devida normalmente aos adotandos quando forem menores ou se maiores, incapazes de se sustarem sozinhos, e deverão prestar a mesma medida quando forem capazes patrimonialmente e caso seus pais vierem a necessitar de sua contribuição.

2. É notório o saber que o adotado irá receber os mesmo direitos que o filho biológico, portanto, concorre em igualdade com este em relação ao direito sucessório (artigo 227, § 6º, CF/88 e artigo 1628 do Código Civil).

Neste sentido dispõe o artigo 41, §2º, ECA, “é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

Desta maneira, assim como os filhos consanguíneos, poderá ser deserdado nas hipóteses do artigo 1962 do Código Civil, sendo estas: ofensa física; injúria grave; relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

4.5 – ADOÇÃO HOMOPARENTAL

Esse tema ainda é fruto de grandes e numerosas discussões, porém, a lei não veda tal possibilidade de adoção por casais homossexuais. Assim como determinado e garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente o que deve ser levado em consideração é o interesse do adotando.

Sempre que se coloca em pauta a adoção por casais homossexuais emergem pensamentos no sentido de que as crianças ou jovens por eles adotados acabaram se tornando também homossexuais. Isso foge dos limites da fantasia humana, tal pensamento é absurdo e trágico.

Desde que a homossexualidade se tornou mais fortemente presente, a realidade vivida nos mostrou que tal orientação sexual não tem explicação científica e que é gerada no íntimo de cada ser humano, independente se este cresceu em uma família heterossexual ou homoparental.

Não há base lógica, científica ou psicológica que comprove tal pensamento da maioria da sociedade, a não ser o forte preconceito e discriminação que sofrem os casais homossexuais.

É mister ressaltar as palavras de Marcelo Moreira e Amanda Machado:

A Associação Americana de Psicologia, em 1995, terminou profunda pesquisa sobre a questão da homoparentalidade, constituída de uma amostragem muito densa e de observação regular, concluindo que ‘as evidências sugerem que o ambiente doméstico promovido por pais homossexuais é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento ‘psicológico das crianças’. A maioria das crianças, em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e não demonstrou comportamento ego-destrutivos prejudiciais à comunidade. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrado com seus pais heterossexuais’.

Convém ressaltar, embora seja óbvio, que a analisada unidade familiar homoafetiva que representa âmbito familiar ideal para a criação e a educação da prole, é aquela social, afetiva e psicologicamente bem estruturada, cujos laços se dão em decorrência do sentimento de afeto, astreados na confiança, no respeito mútuo, na durabilidade e na publicidade, umbrais sólidos e seguros para as relações microssociais familiares.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a paternidade/maternidade independem da orientação sexual dos pais, sendo esta última completamente irrelevante para a boa educação e criação da prole. O ambiente familiar homoafetivo é também saudável e propício ao desenvolvimento sadio do menor enquanto indivíduo, assim como fator social. Qualquer argumento contrário é baseado em preconceito e discriminação, por que não se baseia em conclusões científicas, mas tão somente em convicções pessoais ¹⁰.

Assim como nas adoções por casais heterossexuais, nas adoções homoparentais o juiz deverá analisar o cumprimento de todos os requisitos já mencionados, observando as condições sociais, morais, psicológicas dos requerentes, deferindo a

¹⁰ Marcelo Alves Henrique Pinto Moreira e Amanda Franco Machado. “Adoção conjunta por casais homoafetivos”. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2.170, 10 jun. 2009. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/12958/adocao-conjunta-por-casais-homoafetivos>. Acesso em: 25/06/14.

medida quando ficar comprovada que garantirá ao adotando melhores condições de vida e de bem estar.

Como já ressaltado, a análise deve se reter aos fatos em si, sendo deferida ou indeferida mediante análise de cada caso concreto e não com observância de ideais preconceituosos e pensamentos pré-concebidos de que uma família homoparental poderia causar danos ao adotado.

E, segundo as belíssimas e bem ditas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, a adoção não é somente um ato jurídico e sim um ato de amor, de boa intenção, um ato sagrado realizado pelo adotante para com o adotando, onde não cabe preconceito de nenhuma natureza e muito menos ao Judiciário, verificada o bem estar do adotando, impedir a concretização de tal pedido motivado por preconceito sem justificativas.

Todos devem sempre lembrar de que cada pessoa merece o direito de ser feliz e de ter uma família que a ame e que a queira, *todos devem sempre amar o seu semelhante como a si mesmo.*

Vislumbrando cada vez mais essa realidade latente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu o direito de adotar a um casal homossexual ¹¹, sendo tal decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça ao conhecer e negar provimento ao Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), tendo como Des. Rel. o Ministro Luis Felipe Salomão procedendo a ementa a seguir exposta:

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

¹¹ TJRS, AC 70013801592, 7 .ªC. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/05/2006.

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

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

A partir deste momento inúmeras decisões foram proferidas no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo a parentalidade homoafetiva e assegurando o direito destes casais adotarem e constituírem uma família.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal de Justiça reconheceu a união estável homoafetiva, determinando que a Justiça deixe seus preconceitos e discriminações a margem de suas decisões e que protejam efetivamente o menor e o jovem, garantindo a estes o direito de serem acolhidos por uma família que os ame.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da argumentação desta pesquisa pode-se concluir que, em virtude dos avanços jurídicos em torno das uniões homoafetivas, a não percepção da viabilidade de ser deferido pedido de adoção de uma criança ou adolescente a duas pessoas do mesmo sexo (desde que atendidas todas as exigências legais e comprovado que o (s) requerente (s) preenche todos os requisitos necessários, bem como estabilidade emocional, patrimonial e afetiva) demonstra preconceito e falta de conhecimento adequado sobre o atual estágio da sociedade e da legislação.

Diante do exposto, é possível observar que os impedimentos impostos aos casais homoafetivos para que não consigam adotar conjuntamente estão se tornando medidas retrógradas visto que a jurisprudência brasileira vem demonstrando que tais uniões – com base nos princípios da isonomia e da dignidade humana – possuem direitos a seu favor, e que se deixarem de cumprir tal princípio e de garantir o cumprimento de tal direito, seria uma afronta não só a Constituição Federal de 1988, mas também a própria pessoa somente em razão de sua orientação sexual.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. “Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay (...).” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acessado em 27/05/2014.

BRITTO, Ayres. “Voto do Ministro Ayres Britto”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em 25 de Junho de 2014.

CHAVES, Marianna. “O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil”. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em 27/05/2014.

DELENSKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. União Homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade, relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 247.

FUX, Luiz. “Voto do Ministro Luiz Fux”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil 6: Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda. Família e Casamento em Evolução. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 1, 1999.

LEWANDOWSKI, Ricardo. “Voto do Ministro Ricardo Lewandowski”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2014.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “Voto do Ministro Marco Aurélio”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2014.

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto e MACHADO, Amanda Franco. “Adoção conjunta por casais homoafetivos”. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2.170, 10 jun. 2009. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/12958/adocao-conjunta-por-casais-homoafetivos>. Acesso em: 25/06/14.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2004 - 2010, vol. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito da Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35-48.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. “Voto Ministra Cármen Lúcia”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

STF, Notícias. “Ministra Ellen Gracie acompanha voto do relator reconhecendo a união homoafetiva”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178937>. Acessado em 27 de maio de 2014.

STF, Notícias. “Ministro Joaquim Barbosa reconhece união homoafetiva com base nos direitos fundamentais”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178888>. Acessado em 27 de maio de 2014.

STF, Notícias. "Presidente do STF conclama Legislativo a colaborar com regulamentação da união estável homoafetiva". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178946>. Acessado em 27 de maio de 2014.

STF, Notícias. "Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178918>. Acessado em 27 de maio de 2014.