

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Nelson Prudente de Toledo Neto

ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Taubaté

2021

Nelson Prudente de Toledo Neto

ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Prof.^a Fátima Aparecida Vieira

Taubaté

2021

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU

T649a Toledo Neto, Nelson Prudente de
Adoção homoafetiva / Nelson Prudente de Toledo Neto. -- 2021.
52f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2021.

Orientação: Profa. Ma. Fátima Aparecida Vieira, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Direito de família. 2. Adoção. 3. Homoafetividade. I. Universidade
de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito.
II. Título.

CDU - 347.633

Nelson Prudente de Toledo Neto

ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Prof.^a Fátima Aparecida Vieira

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Fátima Aparecida Vieira

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Professor(a) _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico este trabalho a minha mãe Sônia, que sonhou com esse momento, trabalhou por ele e contribuiu sobremaneira para que se concretizasse.

À minha irmã Ana Lúcia e sua família pelo amor, incentivo e apoio que sempre me dedicaram.

À minha amada esposa Victória pelo estímulo, compreensão e suporte em todos os momentos.

Aos professores que ofereceram o valioso conhecimento que acumularam ao longo da vida e o compartilharam com dedicação, mesmo em circunstâncias tão desafiadoras como nos últimos meses.

Aos meus amigos que me apoiaram ao longo de todo o curso e cujas lembranças serão sempre bem guardadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida, por me conceder saúde, apoio amoroso no caminho e disposição para seguir adiante.

À professora Fátima Aparecida Vieira, pela orientação e suporte que me prestou na elaboração deste trabalho.

À Universidade de Taubaté e a todos os professores com os quais tive a oportunidade de aprender e somar conhecimentos e experiências para a minha formação.

A todos os funcionários da Universidade e, em especial, aos do Departamento de Ciências Jurídicas que também foram essenciais para o alcance dessa sonhada etapa de formação.

Aos colegas e amigos que, com espírito colaborativo e animado, enfrentaram os desafios e caminharam junto comigo essa parte do caminho.

Enfim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, em algum momento cruzaram meu caminho e doaram um pouco de si para a minha formação.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça por toda parte”.

Martin Luther King

RESUMO

A adoção é praticada desde a Antiguidade. É um ato de amor e desprendimento que gera um vínculo jurídico permanente e grandes repercussões para quem adota e para quem é adotado. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, condições dignas de vida. Sob essa premissa, a adoção ou filiação civil no Brasil é regulada pela Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, no artigo 19 reza que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta. Acontece que a família, base da sociedade, vem sofrendo grandes transformações em decorrência do processo natural de evolução social. A geração atual não convive mais com a tradicional divisão de papéis e tarefas entre homens e mulheres no âmbito familiar. A moderna família brasileira exerce o poder familiar com isonomia, convive com direitos e deveres iguais em questões de trabalho, renda, participação nas tarefas domésticas, criação e formação dos filhos, custeio das despesas e tudo mais. É evidente que as demandas que surgem no seio familiar extrapolam os limites do lar e se projetam na sociedade, assim como as transformações sociais, costumes e até o progresso científico se projetam na formação das relações familiares. Exemplo disso são as famílias homoafetivas que, cada vez mais visíveis e numerosas na sociedade moderna, demandam reconhecimento e regulamentação legal a fim de poderem usufruir dos mesmos direitos já assegurados a outras formas de entidade familiar, inclusive o de ter filhos. Valendo-se dos avanços científicos, muitas famílias buscam filiação através da inseminação artificial, da barriga solidária etc. enquanto outras buscam a forma a que se dedica o presente trabalho, a adoção. Partindo do conceito de família e de como este evoluiu no Brasil até a admissão das novas formas de entidade familiar, apresenta-se neste trabalho uma análise da legislação sobre a adoção, das polêmicas em torno da adoção homoafetiva e, finalmente, dos princípios jurídicos norteadores das decisões judiciais que têm permitido que esta forma de adoção se torne uma realidade. O presente trabalho foi desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica e documental, pesquisa na Internet, identificação e compilação de artigos científicos, jurisprudências e doutrina sobre o tema.

Palavras-chave: Adoção. Direito de Família. Homoafetividade.

ABSTRACT

Adoption has been practiced since Antiquity. It is an act of love and detachment that generates a permanent legal bond and great repercussions for those who adopt and for those who are adopted. The Federal Constitution of 1988 established that it is the duty of the family, society and the State to guarantee children, adolescents and young people, with absolute priority, decent living conditions. Under this premise, adoption or civil affiliation in Brazil is regulated by Law No. 8.069/1990, the Statute of Children and Adolescents, which, in article 19 states that it is the right of children and adolescents to be raised and educated within their family and, exceptionally, in a surrogate family. It turns out that the family, the basis of society, has been undergoing major changes as a result of the natural process of social evolution. The current generation no longer lives with the traditional division of roles and tasks between men and women in the family environment. The modern Brazilian family exercises family power with equality, coexists with equal rights and duties in matters of work, income, participation in domestic tasks, raising and education of children, defraying expenses and everything else. It is evident that the demands that arise within the family go beyond the limits of the home and project themselves into society, as well as social transformations, customs and even scientific progress project themselves in the formation of family relationships. An example of this are the homo-affective families that, increasingly visible and numerous in modern society, demand recognition and legal regulation in order to be able to enjoy the same rights already guaranteed to other forms of family entity, including that of having children. Taking advantage of scientific advances, many families seek affiliation through artificial insemination, supportive belly, etc. while others seek the way in which this work is dedicated, adoption. Starting from the concept of family and how it evolved in Brazil to the admission of new forms of family entity, this work presents an analysis of the legislation on adoption, the controversies surrounding same-sex adoption and, finally, the guiding legal principles of court decisions that have allowed this form of adoption to become a reality. The present work was developed based on bibliographical and documental research, Internet research, identification and compilation of scientific articles, jurisprudence and doctrine on the subject. identification and compilation of scientific articles, jurisprudence and doctrine on the subject.

Keywords: Adoption. Family law. Homoaffectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 FAMÍLIA BRASILEIRA	13
1.1 Conceito de Família.....	13
1.2 A Moderna Família Brasileira	16
1.2.1 Famílias Homoafetivas no Brasil	19
2 FILIAÇÃO	22
2.1 Conceito de Filiação	22
2.2 Características e Efeitos da Filiação Civil.....	23
2.3 Casais Homoafetivos e Filiação	24
3 ADOÇÃO	26
2.1 Conceito de Adoção.....	26
3.2 Procedimentos Legais para Adoção	28
3.3 Dificuldades para realização de adoção no Brasil.....	29
4 ADOÇÃO HOMOAFETIVA.....	32
4.1 Polêmicas Acerca da Adoção Homoafetiva	34
4.1.1 Preconceito Quanto ao Desenvolvimento Sadio e Identificação Sexual da Criança ou Adolescente	35
4.1.2 Preconceito Social	37
5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS	40
5.1 Princípios Jurídicos Referentes à Adoção	40
5.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	40
5.1.2 Princípio da Afetividade	42
5.1.3 Princípio do Melhor Interesse do Menor.....	43
6 A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	45
6.1 Necessidade de Legislação Específica para Adoção por Casais Homoafetivos.....	45
6.2 Posicionamento dos Tribunais Brasileiros em Relação à Adoção por Casais Homoafetivos	47
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é um reflexo da evolução da sociedade, e da quebra do preconceito social relacionado a pessoas homoafetivas. A História indica que o homem é de natureza social, sempre viveu ou procura viver em grupos e que a família sempre foi tida como a base da sociedade. Uma necessidade natural leva o homem a buscar união para formar uma família e as famílias, segundo essa abordagem ampla, formam a sociedade.

A instituição familiar sempre recebeu destaque e importância na organização social. Seja no sentido religioso, cultural ou sociológico, a família sempre foi tratada como a célula mater da sociedade. E é assim no campo jurídico, no qual a família recebe especial proteção do Estado, como preceitua a Carta Magna brasileira no artigo 226.

Durante muito tempo na nossa sociedade prevaleceu o conceito tradicional de que uma família padrão era formada por pai, mãe e filhos, cabendo ao pai a tarefa de sustentar e gerir a instituição e à mãe, o dever de educar e criar os filhos além de cuidar das tarefas domésticas. Naquele modelo patriarcal o poder familiar era atribuído à figura do pai que era visto como a base da família.

Mas a adoção de novos costumes, o avanço científico e tecnológico, a implementação de novas leis e outros fatores levaram ao surgimento de novas formas de organização familiar e impuseram a adaptação do conceito de família. Atualmente, na nossa sociedade o poder familiar é isonômico entre os cônjuges.

Principalmente a partir do momento em que as mulheres começam a trabalhar fora de casa e conseguem independência financeira, a rotina doméstica sofre profundas mudanças. Passa-se a exigir a participação masculina nas tarefas que até então eram destinadas apenas às mulheres, além da melhor divisão de direitos e deveres.

Esse processo ocorreu em todo o mundo e na sociedade brasileira não foi diferente. A ideia de família formada apenas a partir do casamento, muito ligado à religião, já há muito tempo perdeu forças e atualmente a ideia de família está muito mais ligada ao aspecto afetivo. É essa percepção social que, em geral, atualmente, dá legitimidade a uma família.

Historicamente e segundo os dogmas do cristianismo a família é formada para a procriação e proteção da espécie. No entanto, como já dito, a formação de novas células familiares bem como os papéis dos seus integrantes vêm sofrendo consideráveis mudanças que exigem adaptação também da legislação que regula o tema.

No presente trabalho será analisado como o Direito vem se posicionando e regulando essas novas relações sociais, em especial a constituição de famílias por casais de pessoas do

mesmo sexo. Conforme o tema propõe, a ênfase será na questão da adoção por famílias homoafetivas.

Nesse sentido encontramos a valiosa lição da professora Maria Cristina Rauch Baranoski¹:

A partir do pressuposto de que a família contemporânea não está adstrita a uma imagem econômica ou de reprodução, mas sim remodelada pelo amor, solidariedade, afeto e pela possibilidade de se constituir em grupo familiar, os diferentes arranjos são possíveis. Nessa concepção, as uniões homoafetivas passam a reivindicar as prerrogativas legais das famílias “tradicionais”.

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece como princípio basilar do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, ou seja, a democracia se expressa também na possibilidade de efetivar o princípio da dignidade dos homossexuais no tocante à possibilidade de adotar crianças.

O conceito de família, como visto, evoluiu desde os casamentos arranjados de outrora, da visão patriarcal e matrimonial aos novos formatos atuais com suas peculiaridades e diferenciações. A admissão e formalização da união estável e das famílias monoparentais exigiram adaptações de toda a sociedade e do nosso sistema legal, o que indica que a sociedade é dinâmica, não pode ser padronizada e moldada segundo conceitos pré-estabelecidos.

Na verdade, como se sabe, várias dessas entidades familiares já existem há décadas ou sempre existiram, mas só recentemente, após ganharem visibilidade e lutarem por seus direitos, foram regulamentadas pela nossa legislação.

Isso indica a necessidade de constante evolução para a legalização de novos fenômenos sociais. No âmbito da família, admitem-se atualmente classificações distintas como família anaparental, monoparental, homoafetiva, poliafetiva, ampliada etc. sendo necessário que todas sejam protegidas pela lei.

Com o objetivo de ressaltar a importância desse tema para a nossa sociedade o presente trabalho, feito com base em pesquisa bibliográfica e documental, identificação e compilação de artigos encontrados em pesquisas na Internet, apresenta inicialmente o conceito de família e a evolução do conceito dessa instituição ao longo do tempo. Faz-se uma breve abordagem de como a família brasileira se modernizou, deixando o aspecto religioso como principal característica para aceitar o aspecto afetivo como o seu principal atributo. Ainda nesse primeiro capítulo são abordadas algumas características das famílias modernas e a questão das famílias homoafetivas na sociedade brasileira.

¹ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. A adoção em relações homoafetivas.

Em sequência, no segundo capítulo, serão apresentados o conceito de filiação, as características e principais efeitos da filiação civil além de uma breve análise da filiação de casais homoafetivos.

No terceiro capítulo serão analisadas questões referentes à adoção, como conceito e os procedimentos legais estabelecidos no nosso sistema jurídico para a sua realização.

O quarto capítulo concentra as informações mais ligadas ao tema central do presente trabalho, visto que nele serão abordadas a adoção homoafetiva e as polêmicas que normalmente cercam o tema, como o preconceito quanto ao desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes adotadas por casais homossexuais, bem como o questionamento sobre a identificação sexual dessas crianças. Também serão apresentados os argumentos que demonstram o preconceito social relacionado a esse assunto.

No quinto capítulo serão analisadas noções sobre os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do princípio do melhor interesse do menor, que normalmente são usados pelos magistrados para fundamentar suas decisões em ações referentes à adoção homoafetiva, que é um fato social que vem ocorrendo cada vez com maior frequência na nossa sociedade, mas ainda não recebeu tratamento legal adequado.

No sexto e último capítulo serão apresentados dados sobre como a adoção homoafetiva é tratada no Poder Judiciário brasileiro. Aborda-se, com brevidade, a necessidade de uma legislação atual e abrangente que ofereça segurança jurídica aos magistrados e às famílias homoafetivas que optam pela adoção. Finalmente são apresentados julgados que demonstram o posicionamento dos tribunais em relação à adoção por casais homoafetivos, uma questão que tem sido frequentemente levada à apreciação da justiça.

Procura-se, com esse trabalho destacar a importância da normatização do tema da adoção homoafetiva no Brasil, apesar dos muitos preconceitos ao redor do tema. Ressalta-se que a sociedade só tem a ganhar com a legalização desse fenômeno, visto que há na nossa sociedade milhares de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, que necessitam e esperam ter uma família, um lar e, de outro lado, há milhares de casais, inclusive muitos homoafetivos, que desejam realizar o sonho da filiação através desse ato de amor que é a adoção. Busca-se demonstrar que, conforme vem sendo decidido por nossos tribunais, o fato de um casal ser formado por pessoas do mesmo sexo não deve ser causa para o indeferimento de uma adoção, mas que se deve analisar com isenção e imparcialidade caso a caso, não importando se o casal é hétero ou homoafetivo. O que deve pesar na decisão é a demonstração de que o casal demonstra estar apto para a filiação e em condições de atender ao melhor interesse da criança.

1 FAMÍLIA BRASILEIRA

1.1 Conceito de Família

Conceituar o termo família é uma tarefa árdua uma vez que quando se trata de relacionamentos humanos é impossível encontrar um padrão concreto ou uma definição exata. E, no tocante à instituição familiar, há definições e conceitos de diferentes campos de estudo, como a Sociologia, a Genética, o Direito e a Psicanálise.

No latim o termo que designava o conjunto de bens e escravos de um chefe patriarcal era “famulus”. Dessa palavra latina origina-se o termo “família”. Segundo Marques² (2016, p. 3), na Roma Antiga o termo “famulus” designava o “escravo doméstico”, os bens, incluindo pessoas que se submetiam ao poder de um chefe familiar, mas não possuíam qualquer relação de vínculos afetivos ou sanguíneos como na sociedade atual.

Atribui-se a Ruy Barbosa a declaração de que a família é a célula mater da sociedade e é tido como certo que todas as sociedades têm vida familiar, ou seja, são organizadas em torno de famílias. Essa característica universal da célula familiar deve-se, inicialmente, à união entre homem e mulher e seus filhos.

De alguma forma, todos somos originários de uma família e é por isso que é comum o conceito de que a família é a instituição mais antiga da sociedade.

No entanto, como todas as instituições sociais, a família também passou por mudanças e evolução na sua forma de nascimento e organização, com repercussões na sociedade e, por consequência, nas leis que regulam sua formação e seu papel.

Em cada época as sociedades têm ideais diferentes, assimilam novos costumes, novos conhecimentos, formam grupos com interesses diferentes, sofrem influências de outros povos e também do progresso científico e tecnológico. E a entidade familiar, por estar dentro desse contexto, também encontra-se em constante evolução e por isso é difícil conceituar família, identificar as razões de sua formação e traços que possam definir de maneira exata uma entidade familiar.

Nas últimas décadas, por exemplo, muitos grupos sociais em diferentes partes do mundo passaram a assimilar mudanças de costumes e comportamentos que envolvem a identificação sexual dos indivíduos. Assim, muitas sociedades, incluindo a sociedade brasileira, passaram a admitir a adoção de crianças por casais homoafetivos. Também a formação de grupos familiares até há algumas décadas inaceitáveis passaram a ser comuns,

² MARQUES, Natália Schettine et al. A evolução do conceito de família brasileira.

como as famílias constituídas a partir de uma gravidez independente, as geradas a partir de inseminação artificial, além das famílias formadas por indivíduos provenientes de outros casamentos anteriores, com filhos que passam a conviver com padrastos, madrastas, meios irmãos e assim por diante.

Diante desses fatos, é possível dizer que a ideia prevalecente hoje sobre família é bem diferente daquela que nossos avós tinham. Nas últimas décadas ocorreram muitas mudanças na organização social e no campo jurídico e o conceito de família precisou evoluir para admitir formações que antes não eram admitidas e eram até mesmo rejeitadas pela sociedade.

No entanto, para o objetivo deste trabalho que é o de considerar a família formada a partir da adoção por casais homoafetivos, é importante levar em conta a ideia de filiação e como isso está relacionado com o conceito de família.

Como visto, as relações humanas foram se desenvolvendo e se adaptando de acordo com as condições de vida de cada época. Assim se deu também com a instituição familiar. Desde então, muitos costumes deixaram de existir, muitas características passaram a identificar a família até chegarmos à ideia comum hoje em dia de que a família deve ser identificada pela característica afetiva entre os seus membros, não dependendo mais do caráter religioso ou matrimonial.

Outeiral (2007) nos ensina que um traço comum às famílias e à organização social é a identificação de grupos familiares pelos sobrenomes ou “nomes de família”. Nem sempre foi assim, visto que nas pequenas aldeias todos se conheciam entre si e todos sabiam quem era filho de quem. Mas com o crescimento dos grupos sociais, tornou-se necessário um modo de identificar, de dar identidade à família. Surgiram então o que hoje chamamos de sobrenome ou os nomes de família que passaram a ser usados como meio de identificar a genealogia e de dar identidade às pessoas, passando a ser bastante utilizado como método de direcionar determinado indivíduo a um grupo de pessoas.

Considerados esses elementos caracterizadores da família, passa-se à análise de como nosso ordenamento jurídico trata o tema. É possível concluir que a Constituição Federal de 1988 representa um importante marco em relação ao tratamento das famílias porque passa a abrigar arranjos familiares que de fato existem na sociedade, possibilitando que formas antes não protegidas pela lei deixem de ser marginalizadas e assim promove igualdade entre todas as pessoas.

O artigo 226 da Constituição Federal diz, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Como se vê do dispositivo constitucional citado, o Estado brasileiro tem a família como base da sociedade e dedica a ela especial proteção. Nesse mesmo sentido o Código Civil Brasileiro dispõe no seu artigo 1.723 que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”³.

O respeito ao objetivo constitucional de proteção do núcleo familiar fica evidente na decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que usou, entre outros fundamentos, esse preceito para reconhecer a equiparação da união homoafetiva à união estável já prevista na Constituição.

É o que relata se lê no artigo de Renata Barros Bernardo⁴ sobre o conceito de família à luz da Constituição de 1988, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, decidiu por equiparar a união homoafetiva à união estável garantindo, assim, todos os direitos conferidos pela Constituição e demais leis pertinentes à união entre pessoas do mesmo sexo desde que, por óbvio, cumpram os requisitos estipulados por lei na União Estável.

Com base no exposto, observa-se que conceituar família é uma tarefa realmente difícil principalmente se considerarmos que trata-se de um conceito dinâmico, que sofreu e continua sofrendo constantes alterações à medida em que a sociedade evolui e passa a adotar novos costumes, rege-se por novas leis e abraça novas formas de união com o objetivo

³ BRASIL. Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406/2002).

⁴ BERNARDO, Renata Barros. O conceito de família à luz da constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias.

de prover o conforto, a proteção, o amor, o afeto, o amparo, os valores e tudo o mais que qualquer indivíduo espera ter e que a sociedade espera que seja essa união de pessoas que convencionou-se chamar família.

1.2 A Moderna Família Brasileira

Conforme analisado no item anterior, a Constituição de 1988 trouxe inúmeros avanços em relação ao conceito de família, uma vez que até então só era considerado família o vínculo matrimonial entre um homem e uma mulher.

O retrato da família não é mais a foto de um casamento. Muitos fatores levaram ao esgarçamento daquele antigo conceito. Passou-se então a falar em entidade familiar e não mais em família matrimonializada.

Com a evolução da sociedade e a adoção de novos conceitos, costumes, tecnologias, leis e comportamentos o conceito tradicional de família também evoluiu. Esse fenômeno universal incluiu, por óbvio, a sociedade brasileira, a família brasileira.

Se remontarmos à nossa História até à sociedade colonial, veremos que era comum portugueses colonizadores unirem-se às índias que viviam aqui e com elas terem filhos. Um pouco mais à frente, no período imperial, verificam-se as relações entre os senhores de engenho e as negras escravas que procriavam os filhos que viam crescer como “ilegítimos”. Muitas, como recompensa, recebiam alforria e passavam a ser sustentadas por seus antigos senhores, conforme no informa Bernardo⁵ (2018) .

Relações dessa e de outras naturezas sempre existiram na nossa sociedade. Desde a época, tantas vezes retratadas em novelas e filmes, em que filhos “indesejados” ou “ilegítimos” eram escondidos, enviados para adoção, da época em que a gravidez de uma mulher solteira “manchava” a honra de sua família e era socialmente abominável, o caráter machista predominante causava indizível sofrimento especialmente às mulheres que eram vítimas de preconceito e estigmatização, como bem lembra em seu artigo a autora acima citada.

Dáí até chegarmos ao ponto em que essas entidades familiares passaram a ser reconhecidas, aceitas socialmente, e a receberem proteção legal, um longo caminho foi trilhado. Mas, apesar dos muitos pesares, chegamos à Constituição de 1988 que no seu artigo 226, § 3º, preceitua que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável

⁵ BERNADO, Renata Barros. O conceito de família à luz da constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias.

entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Pode-se dizer que esse foi um importantíssimo passo para a nossa sociedade que, finalmente, passou a abrigar sob o manto da lei, as famílias formadas fora do antigo padrão matrimonial, que por muito tempo predominou, sob forte influência religiosa.

Maria Berenice Dias leciona que o fenômeno chamado de laicização, que indica o distanciamento entre Estado e igreja, tirou do matrimônio o aspecto de sacralidade e juntamente com o avanço dos direitos humanos colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior⁶.

Falando dessa transformação, Dias conclui que essas mudanças deixaram de lado o aspecto religioso para dar à entidade familiar a característica da afetividade. Eis sua lição:

Com todos estes ingredientes, a sociedade mudou de feição produzindo eco nas estruturas de convívio. Daí falar-se em direito das famílias como forma de albergar no conceito de entidade familiar todas as conformações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço da afetividade.

Essa evolução inclusive gerou modificações em relação à filiação, pois antes os filhos advindos de fora do casamento não possuíam os mesmos direitos dos filhos contraídos dentro do matrimônio. Segundo o autor Silvio Rodrigues:

A nova definição constitucional de família, tornando-a mais inclusiva e com menor número de preconceitos; a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal; a consagração do divórcio; a afirmação do planejamento familiar como livre decisão do casal e a previsão da criação de mecanismos para coibir a violência no interior da família, assim como a afirmação do direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, o reconhecimento da igualdade de direitos dos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, ficando proibidas as designações discriminatórias relativas à filiação, são as conquistas que mudaram a face da questão familiar na constituição.

Com a democratização do direito de família, novas modalidades de famílias vêm se formando, fundadas primordialmente no afeto, carinho, dedicação e apoio mútuo. Assim, pode-se dizer que na sociedade brasileira temos:

a) Famílias matrimoniais, constituídas a partir do casamento entre um homem e uma mulher. É o modelo mais antigo mas que permaneceu e se readaptou com o passar dos anos. Segundo a doutrina, o casamento é um contrato de adesão, em que as regras são delimitadas

⁶ DIAS, Maria Berenice. Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade.

pelo Estado e que a manifestação de vontade dos nubentes seria com relação ao Estado que, previamente, estabelece normas legais para o casamento;

b) Famílias formadas a partir da união estável, que nascem da necessidade de proteção das pessoas que conviviam sem nenhum reconhecimento legal de casamento. Atualmente os integrantes dessa modalidade de família advinda de companheiros vinculados pela união estável possuem os mesmos direitos das pessoas que optam pela formação familiar a partir do matrimônio, como por exemplo, o direito a alimentos e sucessórios dos companheiros;

c) Famílias homoafetivas, que carecem de previsão legal expressa, uma vez que a Constituição Federal não conferiu direitos às relações existentes entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, negar esse direito de reconhecimento familiar é um atentado contra a dignidade da pessoa humana. Por isso, atualmente os casais homoafetivos podem ter os mesmos direitos advindos do matrimônio se demonstrarem viver em união estável, sendo necessário para tanto o preenchimento dos requisitos exigidos para reconhecimento daquela união prevista na Constituição. MENEZES⁷ (2005) nos oferece uma importante lição sobre esse tema:

A família é a célula da sociedade. Basta analisarmos a forma como ela é constituída, para percebermos o quanto o preconceito perde o sentido, numa demonstração de enorme equívoco social. Uma família não se forma com a assinatura de um papel perante um juiz de paz ou com a celebração de uma cerimônia religiosa ou ainda com a realização de uma grande festa social. Uma família surge de um lindo sentimento chamado afeto. O afeto é que norteia qualquer relação entre pessoas que se unem e somado a muitos outros atributos como o respeito, a fidelidade e assistência recíproca é que irá fazer surgir a família. Então, não é apenas a união entre um homem e uma mulher casados que terá a faculdade de gerar uma família. A família é a realização plena do amor, podendo ser constituída pelo casamento, pela união estável, pelas famílias monoparentais (um pai ou mãe e um filho) e também pelas uniões homoafetivas.

As famílias homoafetivas, e quaisquer outras famílias elencadas no artigo 226 da Constituição Federal, buscam construir uma história, pessoas que se preocupam com valores maiores, como alegria, amor, apoio e carinho. Seus integrantes buscam garantir que todos os seus membros vivam uma vida digna o que, obviamente, os tornam dignos da proteção do Estado;

d) Famílias monoparentais, formadas por um dos genitores e seus descendentes, elas são o contrário do modelo clássico de família, tendo apenas um dos pais assumindo o papel de prover todas as necessidades de seus filhos. No Brasil a família monoparental tem seus direitos previstos na Constituição Federal que expressa no § 4º do artigo 226: “Entende-se,

⁷ MENEZES, Laila. Uniões Homoafetivas: A Busca pelo Reconhecimento Social e Jurídico.

também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. A família monoparental também pode ser formada a partir da adoção, uma vez que a adoção é um ato de amor através do qual um homem ou uma mulher adota uma criança, formando com ela laços afetivos. Possui expressa previsão legal, pois a pessoa pode adotar independentemente do seu estado civil;

e) Famílias anaparentais, caracterizadas pela inexistência da figura dos pais, ou seja, constitui-se basicamente pela convivência entre parentes do vínculo da colateralidade ou pessoas – mesmo que não parentes e sem conotação sexual – dentro de uma mesma estruturação com identidade de propósitos, que é o animus de constituir família⁸;

f) Famílias pluriparentais, constituídas por meio do matrimônio ou da união de fato de um casal, em que um ou ambos de seus componentes possuem filhos advindos de um casamento ou de relações antecedentes. Diferentemente da monoparental, formada por um ascendente e seus descendentes, a família pluriparental é formada pelos parentes da linha colateral. Assim, tios e sobrinhos que vivem em família constituem uma família pluriparental. Igualmente, os irmãos e até os primos que mantêm convivência familiar.

Kusano (2010) ao discorrer sobre o reconhecimento da família anaparental concluiu que ao longo da nossa curta História houve uma completa reformulação do conceito de família. A família contemporânea valoriza o afeto, o amor e o carinho nas relações familiares, remodelando a concepção jurídica de família. Essa mudança, segundo a autora, possibilitou que a família passasse a ter uma função social ao viabilizar o desenvolvimento de cada ente enquanto indivíduo. Cita, ainda, a brilhante definição da jurista Maria Berenice Dias para lar: “LAR significa: **L**ugar de **A**feto e **R**espeito” (DIAS, 2009, *apud* KUSANO, 2010).

E é baseado nessa moderna concepção de família que o presente trabalho se fundamenta para pôr em evidência o entendimento de que os casais homoafetivos podem formar famílias e adotar filhos para efetivarem seus anseios pessoais e sociais.

Aborda-se, a seguir, um breve panorama das famílias homoafetivas no Brasil.

1.2.1 Famílias Homoafetivas no Brasil

A existência da homoafetividade é fato que não se pode negar. Com o processo de evolução social através do qual as minorias passaram a ter maior visibilidade e representação, passaram a conquistar direitos e proteção legal, as uniões homoafetivas se tornaram mais

⁸ KUSANO, Susileine. Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar.

evidentes. Diz-se aqui mais evidentes porque na verdade já existiam há muito tempo mas pelas mais diversas razões, em geral, mantinham-se, propositalmente fora das vistas da sociedade. Dentre as razões para isso encontram-se o preconceito, a hipocrisia, a violência, a falta de proteção e até mesmo de aceitação de suas famílias de origem.

Cabe lembrar que o preconceito é uma das maiores causas de violência contra pessoas de orientação homossexual no Brasil. E, segundo notícias corriqueiras, o país está entre os que têm o maior número de homicídios de homossexuais no mundo. Vítimas de toda forma de discriminação, perseguições, “brincadeiras” de mau gosto e violência, muitos homossexuais têm medo de se expor e se veem privados de muitas oportunidades e direitos.

Apesar disso, é crescente o número de famílias homoafetivas presentes na nossa sociedade. Segundo as estatísticas oficiais, publicadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2014 houve 1,1 milhão de casamentos entre cônjuges masculino e feminino no Brasil, enquanto entre cônjuges de mesmo sexo, houve 4.854 registros, o que corresponde a 0,4% do total de casamentos⁹.

Já em 2018 o número de uniões homoafetivas oficialmente registradas saltou para 9.520, o que representou um aumento de 61,7% em relação ao número registrado no ano anterior. Esse número, no entanto, corresponde a menos de 1% do total de uniões registradas no país, segundo o IBGE¹⁰.

Embora não haja registro nas estatísticas oficiais, sabe-se que em muitos casos, pessoas que decidiram assumir sua condição de homossexual vieram de uniões anteriores, muitas vezes impostas por suas famílias ou por conveniência social, e delas trazem filhos. Outros apenas cultivam o desejo natural de terem descendentes, têm anseios de formar uma família em que possam desfrutar de amor, afeto, respeito, apoio e estímulo ao desenvolvimento de seus potenciais. Bem assim de seus descendentes, sejam eles naturais ou adotados.

E como bem nos lembra MENEZES¹¹(2005):

Uma família não se forma com a assinatura de um papel perante um juiz de paz ou com a celebração de uma cerimônia religiosa ou ainda com a realização de uma grande festa social. Uma família surge de um lindo sentimento chamado afeto. O afeto é que norteia qualquer relação entre pessoas que se unem e somado a muitos outros atributos como o respeito, a fidelidade e assistência recíproca é que irá fazer surgir a família. Então, não é apenas a união entre um homem e uma mulher casados

⁹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Registro Civil 2014: Brasil teve 4.854 casamentos homoafetivos.

¹⁰ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Casamentos homoafetivos crescem 61,7% em ano de queda no total de uniões.

¹¹ MENEZES, Laila. Uniões Homoafetivas: A Busca pelo Reconhecimento Social e Jurídico.

que terá a faculdade de gerar uma família. A família é a realização plena do amor, podendo ser constituída pelo casamento, pela união estável, pelas famílias monoparentais (um pai ou mãe e um filho) e também pelas uniões homoafetivas.

Resta, portanto, claro que apesar do preconceito e da estigmatização ainda impregnados na nossa sociedade, temos entre nós inúmeras famílias, oficialmente registradas ou não, constituídas por pessoas homoafetivas.

Em capítulo apartado analisaremos a questão tema do presente trabalho, que é a adoção de filhos por essas famílias.

2 FILIAÇÃO

2.1 Conceito de Filiação

Famílias são formadas em todas as sociedades, em todos os tempos, desde sempre. Tem-se isso por natural, por ser da natureza humana o desejo de viver em companhia de outros.

No passado os vínculos familiares só eram reconhecidos aos entes ligados por laços consanguíneos. No entanto, pessoas que não podiam ter filhos naturalmente passaram a buscar a satisfação desse desejo natural de outras formas, como a adoção.

Praticada desde a Antiguidade, nos primórdios a adoção visava aos interesses das pessoas que não podiam gerar filhos, ou seja, os adotantes. Era assim, por exemplo, na Roma Antiga.

Mas como visto, o conceito de família sofreu muitas alterações, evoluiu e, com ela, também o conceito de filiação, bem como a forma de se ver a adoção.

A adoção é uma modalidade de filiação que gera o parentesco civil, conforme dispõe o artigo 1.593 do Código Civil.

Em geral, filiação é definida como uma “relação jurídica entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, consanguíneo ou não, que une uma pessoa àquelas que a geraram ou que a receberam em seus lares, como se a tivessem gerado”¹².

A professora Grasiéla Nogueira¹³ apresenta uma definição mais abrangente:

Definição mais completa que abrange as possibilidades decorrentes de reprodução assistida é a seguinte: Filiação é “a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pais e filhos, seja essa relação decorrente de vínculo sanguíneo ou de outra origem legal, como no caso da adoção ou reprodução assistida como utilização de material genético de outra pessoa estranha ao casal”.

Antes de 1988 a filiação no Brasil era classificada como legítima, composta pelos filhos nascidos de pessoas unidas pelo casamento, e ilegítima, que por sua vez incluía duas categorias: os filhos naturais, nascidos de pessoas que não estavam impedidas para o casamento, e os espúrios, que eram frutos de relações extraconjugais e os incestuosos¹⁴.

Após a promulgação da Carga Magna de 1988, no entanto, não há mais diferenciação entre os filhos, visto que o § 6º do artigo 227 estabelece que são proibidas quaisquer

¹² FUGIMOTO, Denise. A filiação e o parentesco.

¹³ NOGUEIRA, Grasiéla. Da filiação.

¹⁴ Ibidem.

designações discriminatórias relativas à filiação, não importando se os filhos são havidos da relação do casamento ou por adoção.

Assim como o conceito de família passou por transformações, também o processo de adoção no Brasil evoluiu. A Constituição Federal de 1988 trouxe expressivas mudanças no tratamento da família e da filiação, visto que, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção do Estado à família, passou a admitir novas formas de constituição de entidades familiares e de filiação, como a filiação socioafetiva.

Nesse sentido, temos uma importante lição de GUERIN¹⁵:

(...) a filiação deixou de ter caráter predominantemente biológico para ter caráter sócio-afetivo. Fala-se, atualmente, em filiação socioafetiva, considerada por melhor atender aos interesses de todos os membros da família, especialmente o melhor interesse dos filhos.

Reconhece-se, a partir desse ponto, que é necessário averiguar, em qualquer situação, a posse do estado de filho, ou seja, quem desfruta da condição de pai e quem o filho considera como tal, quem cumpre os deveres inerentes ao poder familiar e quem mantém com a criança uma relação afetiva, íntima e duradoura. Pai é quem se mostra e se comporta como tal perante os filhos e a sociedade. Deixa-se, cada vez mais, em plano secundário a realidade biológica, presumida, legal ou genética. A filiação pode ser, assim, deduzida de uma série de fatos e situações.

Visto que adoção ou filiação civil é tema central do presente trabalho, passa-se a uma breve análise das suas principais características e efeitos.

2.2 Características e Efeitos da Filiação Civil

Em razão da relevância para o tema do presente trabalho, analisa-se brevemente algumas das características e efeitos da filiação civil decorrente da adoção, conforme descritas por Fernanda Amadio Piazza Jacobs Pereira¹⁶, em artigo em que compara os institutos da adoção e reconhecimento de filiação socioafetiva.

A adoção é uma forma irrevogável de filiação e o adotado goza da proteção constitucional da igualdade entre os filhos, conforme considerado anteriormente. Pode, ainda, prevalecer em relação à filiação biológica, com base nos princípios da afetividade e do melhor interesse do menor. Além disso, o reconhecimento do estado de filho decorrente da adoção deve ser objeto de registro civil de nascimento e é formalizada a relação de parentesco do

¹⁵ GUERIN, Camila Rocha. Adoção e União Homoafetiva.

¹⁶ PEREIRA, Fernanda Amadio Piazza Jacobs. Adoção e reconhecimento de filiação socioafetiva - Um comparativo entre os institutos.

adotante pelo adotado gerando para aquele o exercício do poder familiar e os deveres de guarda e sustento e, para ambos, os direitos de visitas e de herança.

Importante ressaltar que a adoção é realizada exclusivamente pela via judicial visto que só pode ser declarada por sentença.

Outro ponto de relevância em relação à adoção é a necessidade da constatação de reciprocidade de afeto entre o adotante e o adotado, quando este já pode expressá-lo, sendo que os maiores de doze anos devem consentir com a adoção. E nos casos dos menores de doze anos, exige-se um acompanhamento por equipe interprofissional que oferecerá ao juiz uma avaliação da conveniência ou não da adoção a fim de auxiliar na decisão.

A adoção, segundo estabelecido pelo artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente implica em desligamento de vínculo com os pais e parentes biológicos. E isso leva a uma outra repercussão da filiação civil decorrente do processo de adoção: o cancelamento do registro original de nascimento do adotado e a efetivação de um novo registro civil, ou seja, um novo assento de nascimento em que se registra a nova relação de parentesco civil, com o nome do adotado e com os dados do adotante ou adotantes como seus pais, ocasião em que o adotado poderá ter seu prenome modificado.

Fica evidente que o processo de adoção é burocrático e exige a participação de profissionais de diferentes áreas do conhecimento e outros cuidados mais para não causar maior sofrimento e frustrações aos envolvidos. Isso reflete que o processo é permeado pelo princípio do melhor interesse do menor, da dignidade da pessoa humana e demonstra, também, a obediência à ordem constitucional de dar especial proteção à família.

2.3 Casais Homoafetivos e Filiação

O ordenamento jurídico brasileiro não tem regramento para a adoção por casais homoafetivos. Embora não haja proibição, é certo que não há uma lei para regular essa realidade cada vez mais presente na nossa sociedade.

Vê-se que o Código Civil estabelece que duas pessoas só podem adotar conjuntamente se forem casados ou viverem em união estável, que é descrita no artigo 1.723 do mesmo diploma legal como entidade familiar entre um homem e uma mulher, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família.

A realidade social, porém, se impõe e é fato que são frequentes os casos de crianças que vivem em lares homoafetivos. Muitas pessoas, homens e mulheres, que têm filhos de relacionamentos anteriores passaram a conviver com seus companheiros homossexuais após o

término da relação anterior ou após a morte de seus cônjuges e muitas crianças vivem com esses parceiros homossexuais de seus genitores em um número crescente de lares. Além disso, a ciência permite que através das técnicas de procriação assistida, uma pessoa possa gerar um filho por produção independente e essa criança pode vir a ser criada numa família homoafetiva.

Como visto, a lei permite que uma pessoa maior de dezoito anos, independentemente do seu estado civil, adote uma criança, processo para o qual não precisa ocultar sua orientação sexual. Embora viva em união homoafetiva, pode declarar-se solteira – fato que ocorre com frequência, segundo se verificou na pesquisa para o presente trabalho – e o adotado passará a conviver com o parceiro do mesmo sexo do adotante.

Notícias veiculadas por diversos meios de comunicação revelam que há muitos casos de adoção por homossexuais solteiros ou em união homoafetiva estável e é notório que foram criados laços de verdadeira afetividade nessas relações. É forçoso concluir que a filiação por casais homoafetivos demanda proteção legal.

3 ADOÇÃO

2.1 Conceito de Adoção

Adotar, segundo definição oferecida pelo Dicionário Houaiss da língua portuguesa¹⁷ é “aceitar legalmente (alguém) como filho, concedendo-lhe direitos; perfilhar; optar por; assumir”.

De origem latina a palavra adotar é formada pelos termos *ad* = para + *optio* = opção, que, segundo diversos doutrinadores, designa a opção por tomar alguém por filho.

Dentre os muitos doutrinadores que buscaram definir adoção, Arnold Wald o fez nos seguintes termos: “A adoção é uma ficção jurídica que cria um parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação existe naturalmente”¹⁸.

Pode também ser definida como atribuir filiação a alguém de origem consanguínea diferente.

Apesar de divergências conceituais, tem-se que a adoção ou filiação civil é praticada há muito tempo na civilização como uma solução para casais que desejam ter filhos mas não o podem por alguma razão e também para crianças que, por razões diversas, são privadas do lar biológico e carecem de proteção paternal.

Independentemente da escolha dos melhores termos para definir esse importante instituto, é importante ter em conta que a adoção demanda do adotante certas qualidades, como bem descreve CRISTO¹⁹ (2015):

Adotar é o ato de assumir alguém como filho através de um ato jurídico, e como em qualquer filiação, de modo permanente. É atribuir a condição de filho a alguém de origem e história muito diferente, requer grande investimento afetivo e capacidade de compreensão e acolhimento.

Vê-se, portanto, que a adoção, praticada desde a Antiguidade, é o resultado de um ato de amor e desprendimento que gera um vínculo jurídico permanente com importantes repercussões para quem adota e para quem é adotado.

¹⁷ Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva. 2009

¹⁸ WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004 *apud* VIEIRA, Taís Fernandes; FEITOSA, Leonice Lopes. Adoção por casais homoafetivos no Direito Brasileiro.

¹⁹ CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança.

Importante ressaltar que no Brasil o instituto em estudo é regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei nº 12.010/2009 e pelo Código Civil, que estabelecem seus requisitos e repercussões ou efeitos.

No Código Civil encontramos as seguintes disposições:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Entre as exigências estabelecidas para a adoção encontram-se a idade mínima de 18 anos para o adotante, a diferença de pelo menos 16 (dezesseis) anos entre ele e o adotado. A lei ainda estabelece que a adoção pode ser singular ou conjunta, sendo que nesse caso, o casal deve ser constituído mediante casamento civil ou união estável.

Muito importante ressaltar que a adoção tem função social muito maior do que apenas prover satisfação ao desejo natural de ter prole. Além de ser uma forma adequada para oferecer a crianças em situação de vulnerabilidade o amor, afeto e cuidados vitais, visa a garantir direitos fundamentais para o adotando, previstos na Constituição Federal, replicados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), como se lê no seu artigo 19, com a redação alterada pela Lei nº 13.257/2016, *in verbis*:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Como se vê, para que uma adoção seja deferida a lei não faz menção ou estabelece qualquer requisito ligado a raça, religião, orientação sexual, política ou mesmo econômica. Isso porque a Constituição Federal, no artigo 5º, estabeleceu como cláusula pétrea a proibição de distinções afirmando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Importante destacar que o legislador não estabeleceu distinção de cunho sexual, de forma que uma pessoa homossexual pode se habilitar para a adoção. O problema apresenta-se, porém, quando um casal homoafetivo deseja adotar porque, como visto, a legislação brasileira estabelece que casamento e união estável são possíveis apenas entre homem e mulher.

É sabido que as leis devem refletir os costumes, que são uma das fontes do Direito. Assim, as leis devem regular o que é percebido socialmente para garantir a pacífica convivência em sociedade. Então, é imperioso que se considere a importância e a atualidade do tema visto que essa forma de adoção é uma realidade na nossa sociedade.

Casais homossexuais existem, constituem famílias, desejam e têm filhos!

Importante lembrar que o instituto da adoção evoluiu na nossa legislação para deixar de ser uma forma de atender aos interesses dos adotantes, como previa o Código Civil de 1916, para chegar à legislação hoje vigente que visa ao melhor interesse da criança. A Constituição Federal de 1988 pôs fim a designações discriminatórias de qualquer natureza à filiação, como se lê no artigo 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Tendo em vista que a legislação brasileira é silente em relação ao tema em estudo, mas este demanda regulação, posto que é fato, analisa-se agora, de forma sucinta, os procedimentos estabelecidos pela lei para o processo de adoção e, em seguida, passa-se à análise dos princípios jurídicos que têm sido usados como norteadores das decisões judiciais referentes à adoção homoafetiva.

3.2 Procedimentos Legais para Adoção

A Resolução nº 289/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou, a partir do Cadastro Nacional de Adoção e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas um novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), que abrange os dados dos cadastros anteriores com vistas a oferecer um panorama completo das milhares de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, com foco no atendimento das exigências estabelecidas pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a proteção integral da criança, conforme informações contidas na página do CNJ na Internet.

Cabe lembrar que os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil estabelecem que a adoção de crianças e adolescentes, bem como de maiores de 18 anos, deve ser regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), ressalvando requisitos especiais para o caso dos maiores de 18 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, regula todo o processo de adoção nos artigos 39 ao 52-D.

E o portal do Conselho Nacional de Justiça apresenta um passo a passo da adoção estabelecendo um rol com nove itens que vão da decisão de adotar até à formação de uma nova família. São os seguintes:

1. Você decidiu adotar
2. Análise de documentos
3. Avaliação da equipe interprofissional
4. Participação em programa de preparação para adoção
5. Análise do requerimento pela autoridade judiciária
6. Ingresso no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento
7. Buscando uma família para a criança/adolescente
8. O momento de construir novas relações
9. Uma nova família

Ressalta-se que a primeira informação trazida aos interessados é a de que o processo de adoção é gratuito. Os candidatos devem procurar a Vara de Infância e Juventude mais próxima para se habilitar e, se a comarca for atendida pelo SNA – Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento é possível realizar um pré-cadastro com o fornecimento de dados e o perfil da criança ou adolescente desejado.

Os candidatos a adotantes também são lembrados de que devem ter no mínimo 18 anos e de que deve haver uma diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança a ser acolhida.

Conhecidos os requisitos e os procedimentos necessários a serem seguidos por quem deseja adotar, passa-se agora à análise da adoção homoafetiva e das principais polêmicas acerca desse tema.

3.3 Dificuldades para realização de adoção no Brasil

A partir da promulgação da Carga Magna de 1988 a família passou a ser objeto de especial proteção do Estado (artigo 226). Desde então, a legislação infraconstitucional que nasceu sob o manto dessa premissa reflete esse espírito protetor da entidade familiar.

Essa intenção de proteção integral à criança e ao adolescente em razão da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento está estampada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, em concordância com o artigo 227, da Constituição Federal.

Com isso, os procedimentos para adoção foram judicializados. Estabeleceu-se que o processo de adoção deve se dar em harmonia com o princípio do melhor interesse do menor, o que significa que a adoção só pode ser efetivada se ela realmente for vantajosa para o adotando, se o ambiente familiar em que ela será inserida for realmente adequado. No entanto, a realidade de quem espera ser adotado e dos que anseiam adotar não é a idealizada pelo legislador.

Em brilhante artigo em que critica o desleixo do Estado brasileiro com as crianças que aguardam adoção, a respeitada jurista gaúcha Maria Berenice Dias²⁰ tece inúmeras críticas muito bem fundamentadas acerca da realidade do processo de adoção no Brasil.

Como desembargadora aposentada e com larga experiência de atuação na área do Direito de Família, expõe com autoridade em seus livros, artigos e palestras a triste situação em que vivem inúmeras crianças e adolescentes que, por conta da burocracia criada em torno do preceito de priorizar a família natural (biologização) ou estendida, acabam ficando tanto tempo em abrigos, que crescem e deixam de ter o perfil desejado pela maioria dos adotantes.

Muitas vezes, em razão dos entraves burocráticos e do longo tempo de espera, muitos casais que desejam adotar, acabam desistindo e apelando para técnicas de reprodução assistida, cada vez mais populares e, com isso, é bem provável que a cada criança concebida por essa técnica, uma outra deixe de ser adotada.

A determinação legal de se priorizar a família natural ou estendida da criança acaba, muitas vezes, por dificultar ou até impossibilitar a adoção, que se torna a última opção. Isso contraria a ideia de que se deve buscar a filiação afetiva. Na prática, para priorizar a família natural os programas oficiais tentam corrigir situações quase incorrigíveis: ressocializar pais que são viciados em drogas, que moram e não desejam sair das ruas, reinserir essas pessoas no mercado de trabalho, enfim, medidas que, na maioria das vezes, não produzem resultados satisfatórios e consomem o tempo urgente das crianças que carecem de cuidados parentais.

Isso pode ser constatado pelo número enorme de crianças institucionalizadas e apenas uma pequena parcela delas disponível para adoção, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça.

O fato de muitas crianças e adolescentes terem de ficar em abrigos enquanto se busca a adaptação de sua família biológica ou se encontrem parentes que com elas queiram ficar, é uma verdadeira afronta ao direito constitucional de convivência familiar. Enquanto vivem em abrigos, essas crianças e adolescentes anseiam ter alguém pra chamar de pai e de mãe.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Adoção: um depósito de crianças e o absoluto desleixo estatal.

Igualmente demorada e burocrática costuma ser a ação de perda ou de destituição do poder familiar.

Outra dificuldade no processo de adoção é que a entrega voluntária de um filho à adoção, embora não seja crime, acaba sendo desestimulada durante o processo judicial, mesmo quando a mãe não tem condições de cuidar do filho, que acaba, mais tarde, sendo abandonado.

Infelizmente, as medidas legais que, teoricamente, visam à proteção da criança e do adolescente, acabam por retardar ou até impedir que sejam adotados. O apego à letra fria da lei, muitas vezes leva à desconsideração de que “a adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens a quem será adotado e fundar-se em motivos legítimos” (DIAS, 2019).

Além disso, o prazo do processo judicial para a adoção, que é de quatro meses, prorrogável por igual período por uma única vez, muitas vezes não é respeitado e não há punição por isso. E assim, o processo alonga-se indevidamente.

Diante desses obstáculos à efetivação da adoção, é importante lembrar que o objetivo dos agentes públicos deve ser o de obedecer a ordem constitucional de proteção especial, com absoluta prioridade, a crianças e adolescentes para que lhes sejam garantidos direitos fundamentais como afeto e sadia convivência familiar.

Infelizmente, porém, como Dias conclui,

(...) o intuito de proteger acabou por burocratizar de tal forma os sucessivos e morosos procedimentos que a adoção se tornou um verdadeiro suplício, não só para quem quer adotar, mas principalmente para quem anseia por uma família. (...)É necessário assegurar o interesse de quem tem o constitucional direito de ser protegido e amado, ao invés de priorizar o pretense direito de pais e familiares que não souberam ou não quiseram assumir os deveres parentais. Afinal, não é o elo biológico que merece ser preservado. São os vínculos afetivos que precisam ser assegurados a quem tem o direito de ser amado como filho.

4 ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Como visto, à luz da legislação atual, qualquer pessoa que atenda aos requisitos legais, independentemente do estado civil, pode adotar. Mas, se a adoção for feita por um casal, a lei autoriza apenas que seja feita por homem e mulher que sejam legalmente casados ou que vivam em união estável. O legislador manteve-se silente em relação a casais homoafetivos.

No início deste trabalho foi feita uma análise sobre como as relações familiares evoluíram ao longo do tempo, em especial nas últimas décadas, quando passaram a ser admitidas novas formas de união para a formação da entidade familiar. Viu-se que o Estado brasileiro passou a reconhecer e proteger essas entidades em razão do princípio da afetividade, que é tido como o principal caracterizador da entidade familiar.

Nas palavras da juíza Camila Rocha Guerin ²¹:

As relações familiares, reestruturadas sobre novas bases, passaram a ser regidas pelo princípio da afetividade, reconhecendo na família um fato cultural, e não natural ou biológico. O comprometimento dos seus membros e o envolvimento emocional de uns com os outros, baseando-se na solidariedade e no cuidado, passa a ter extrema importância e superioridade em relação aos elementos biológicos. A diversidade e a tolerância são colocadas em lugar de destaque. A família é encarada como uma instituição plural, onde prevalece a verdade sociológica.

Nesse ponto cabe trazer à atenção que as famílias homoafetivas ou uniões homossexuais são uma realidade na nossa sociedade. No entanto, a nossa legislação não autoriza que pessoas do mesmo sexo se casem, nem mesmo reconhece a elas o status de união estável, visto que a Constituição Federal, no artigo 226, § 3º, é clara em afirmar que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Igualmente o artigo 1.723 do Código Civil reconhece apenas a união entre homem e mulher.

A omissão da lei, no entanto, não tem o poder de esconder a realidade.

Importante lembrar que a sexualidade é uma condição natural humana, ou seja, é inerente à pessoa humana, é um direito fundamental e deve poder ser manifestada livremente. Ainda cabe trazer à atenção que a sexualidade foi vista de diferentes maneiras em diferentes momentos históricos, quando noções de homo ou heterossexualidade eram determinadas pelo momento social e cultural da sociedade. Como ensina Guerin, “é, antes de tudo, uma construção histórica. A diferenciação, deste ponto de vista, tem raiz sócio-cultural”²².

²¹ GUERIN, Camila Rocha. Adoção e União Homoafetiva.

²² Ibidem.

Espera-se, no entanto, que a lacuna na legislação para regular as uniões homoafetivas seja suprida através do Projeto de Lei 2285/07, que começou a tramitar no Congresso Nacional em 2007, visando à criação do Estatuto das Famílias. Esse projeto visa a reconhecer a pluralidade da família brasileira, propõe uma revisão e reformas “em todo o sistema jurídico brasileiro sobre a família, regulamentando-a e legitimando-a em todas as suas formas, incluindo a união homoafetiva, a fim de traduzir a realidade”²³.

Além disso, pretende estabelecer o reconhecimento e a possibilidade de dissolução das uniões homoafetivas por meio de escritura pública e possibilitar o seu reconhecimento pela via judicial. Também busca assegurar aos casais homoafetivos os direitos de adoção de filhos, de guarda e de convivência, direito previdenciário e à herança.

Enquanto a legislação não avança, os fatos e conflitos decorrentes dessas uniões são decididos pelos tribunais do país formando uma jurisprudência com base na analogia e na equidade. Magistrados de todo o país têm invocado os princípios jurídicos que norteiam a aplicação da nossa legislação para fundamentar suas decisões envolvendo essa situação. Os princípios jurídicos permitem que a família seja considerada a partir da perspectiva da realidade social. E é inegável que é cada vez mais comum na nossa sociedade a união contínua, duradoura, entre duas pessoas do mesmo sexo, fundada no afeto e com o objetivo de constituir família.

Embora essa forma de suprir a omissão legal já represente uma certa evolução, ainda é insuficiente para garantir todos os direitos e deveres dessas pessoas. O ideal seria que a legislação respeitasse a Constituição e espelhasse a vontade e a realidade vivida pelo povo.

Cabem aqui as brilhantes palavras da jurista Maria Berenice Dias²⁴:

A consciência de que crianças e adolescentes têm o direito constitucional de participar de uma família na qual encontrem afeto e felicidade torna imprescindível a busca por soluções, que infelizmente não estão na legislação atualmente em vigor.

Como se verá a seguir, embora o número de adoções por homossexuais venha crescendo no país, diante da falta de previsão legal para a adoção por um casal homoafetivo, muitas vezes uma única pessoa se candidata à adoção e omite a informação de que vive um relacionamento homoafetivo. Isso se dá porque ainda existe em nossa sociedade, fundada em preceitos religiosos, muita resistência à ideia de casais homossexuais como uma família.

²³ GUERIN, Camila Rocha. Adoção e União Homoafetiva.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. A adoção homoafetiva.

Ainda perdura a ideia preconceituosa de que os homossexuais não demonstram o necessário perfil de retidão moral para criarem uma criança.

Difunde-se a ideia de que é preciso proteger as crianças desse tipo de convivência, mas, na verdade, isso só causa prejuízos. A criança que acaba adotada por apenas um dos cônjuges é privada, em relação ao outro, de direitos fundamentais, como direito previdenciário, à herança, dentre outros. Legalmente, o genitor não adotante não é responsável pela criança.

É, portanto, necessário, que nossa legislação passe a refletir a realidade da nossa sociedade e corrija essa omissão.

Negar a realidade adoção homoafetiva equivale a negar a muitas crianças e adolescentes o direito de ter um lar, de ter alguém que cuide deles e lhes ofereça o afeto a que todos têm direito.

Mais uma vez, recorremos à brilhante lição de Maria Berenice Dias:

Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação que tem por base a afetividade, quando os pais são do mesmo sexo é uma forma perversa de discriminação que só vem prejudicar quem apenas quer ter alguém para chamar de mãe, alguém para chamar de pai. Se são dois pais ou duas mães, não importa, mais amor irá receber.

4.1 Polêmicas Acerca da Adoção Homoafetiva

Quando o assunto da adoção é abordado em relação a casais homossexuais, infelizmente, ainda surgem reações negativas, opiniões divergentes, questionamentos de toda sorte. Há também muita ignorância acerca do tema, em especial relacionada à possível influência que um casal homoafetivo possa exercer sobre o sadio desenvolvimento de uma criança e sobre sua sexualidade.

Na verdade, todos os questionamentos relacionados a esse tema poderiam ser resumidos em uma só palavra: preconceito.

Apesar de tantos avanços em muitos sentidos, a sociedade brasileira ainda se revela preconceituosa na questão da sexualidade. As estatísticas sobre mortes de pessoas homossexuais no Brasil são um triste reflexo dessa realidade.

Importante lembrar que o Princípio 6º da Declaração Universal dos Direitos da Criança proclama:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de

segurança moral e material (...) À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. (...) ²⁵.

Destaca-se dessa proclamação a exigência de um ambiente de afeto, de segurança, para que a criança se desenvolva. É na família que isso deve ser provido. Se natural ou adotiva, o importante é que a família proveja essas condições para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente.

A consanguinidade favorece o surgimento de laços afetivos. Mas, obviamente, não é a única fonte de afeto. A adoção, para além de uma questão social ou jurídica, traduz um ato de amor, escolha, desprendimento. E, muitas das vezes, é a única solução adequada para que crianças e adolescentes tenham o mínimo de dignidade.

Por essas e outras razões a adoção não deve ser condicionada à orientação sexual dos adotantes porque isso seria uma revoltante negação da realidade social brasileira e um gritante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, faz-se, a seguir, breve análise dos principais problemas enfrentados por pessoas homossexuais que desejam adotar filhos, como o preconceito relacionado à possível influência negativa sobre o sadio desenvolvimento da criança ou adolescente e o preconceito de que a criança pode ser vítima na sociedade.

4.1.1 Preconceito Quanto ao Desenvolvimento Sadio e Identificação Sexual da Criança ou Adolescente

Uma das questões mais polêmicas acerca da adoção por casais homoafetivos diz respeito à possibilidade de as crianças ou adolescentes serem afetados no desenvolvimento da sua afetividade em razão da orientação sexual dos pais. Também se questiona com muita frequência se podem sofrer danos no seu desenvolvimento em razão da ausência dos referenciais paterno e materno, assim como a possibilidade de danos de ordem psicológica e desenvolvimento da sexulidade.

Nesse tocante, valiosa a lição da Psicóloga e Psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta *apud* CRISTO ²⁶:

Não são conhecidos fatores psicológicos vinculando o exercício da parentalidade à orientação sexual da pessoa. Ao contrário, estudos realizados nas culturas anglo-

²⁵ ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos da Criança – 1959.

²⁶ CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança.

saxã e latino-europeia, apontam que indivíduos ou casais homossexuais estão aptos a exercer tanto a paternidade quanto a maternidade. (...) Cada caso tem a sua particularidade, porém, perversão e perversidade, inadequação e patologia não são prerrogativa das pessoas com orientação homossexual, podendo ser encontradas nos indivíduos heterossexuais que carreguem em si inadequações atitudinais e comportamentais, capazes de se refletir na criação dos filhos, quando não se voltam contra eles.

Embora se possa compreender o questionamento social acerca do desenvolvimento de crianças criadas por pais homossexuais, porque a ciência ou a medicina ainda não têm consenso sobre a estrutura da orientação afetivo-sexual humana, não há evidências de que casais homossexuais não sejam aptos para exercer a parentalidade.

Pesquisas sérias desenvolvidas ao longo de muitos anos por profissionais da área comportamental e de saúde revelam que não há diferenças no desenvolvimento de crianças criadas por casais homossexuais em relação àquelas criadas por casais heterossexuais. A Associação Psiquiátrica Americana afirma que “estudos demonstraram que a atenção dada aos filhos e o comprometimento dos pais com a sua criação são os fatores decisivos para que a criança se torne um adulto estável e saudável, e não a orientação sexual dos pais”.

E quanto às possíveis influências de pais homossexuais sobre a saúde emocional de seus filhos ou sobre sua sexualidade, Guerin²⁷ indica o que a referida Associação diz:

Pesquisas dos últimos trinta anos demonstram de forma consistente que crianças criadas por pais gays ou por casais de lésbicas não exibem diferenças nos campos emocional, cognitivo, social e sexual em relação a filhos criados por heterossexuais.

Afirma também que outras instituições da área de saúde nos Estados Unidos, como a Academia Americana de Pediatria, a Associação Americana de Psiquiatras de Crianças e Adolescentes e a Associação Americana de Médicos Familiares têm a mesma opinião.

Há décadas são feitos estudos e acompanhamentos de lares de famílias não convencionais, como as compostas por pessoas homossexuais, e não se observam desvios no desenvolvimento da sexualidade dos filhos, em comparação com aqueles criados em famílias convencionais, compostas por pais dos dois sexos.

A jurista Camila Rocha Guerin²⁸ apresenta dados nesse sentido:

Estudos confirmam que, sim, as crianças identificam-se com o modelo dos pais, mas com os papéis feminino e masculino que eles representam, não com a forma física desses papéis. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio

²⁷ GUERIN, Camila Rocha. Adoção e União Homoafetiva.

²⁸ Ibidem.

estabelecimento de vínculos afetivos. Não se vislumbram distúrbios, desvios de conduta ou efeitos danosos à estabilidade emocional. E nada comprova que a falta do modelo heterossexual confunde a identidade de gênero.

A ciência e as evidências obtidas através de pesquisas imparciais apontam para o fato de que a convivência com pessoas homossexuais não exerce influência no desenvolvimento da sexualidade de uma criança. O que influencia, sim, de forma significativa, segundo a autora “é a relação que os pais estabelecem entre si e a função que exercem no âmbito familiar, o que independe do gênero”.

Ademais, é muito importante lembrar que a maioria das pessoas homoafetivos nasceu e foi criada por casais heteroafetivos e, portanto, a orientação sexual dos pais não influenciou na sexualidade do filho. Isso deveria, por si só, quebrar esse preconceito em relação à homoafetividade.

A homossexualidade sempre existiu na humanidade justamente porque ela nasce do desejo e do carinho por pessoas do mesmo sexo, ela não deve ser tratada como doença e muito menos como algo contagioso ou como algo que se pudesse aprender. Trata-se de uma livre manifestação da sexualidade humana.

Logo, o que importa é que a convivência de crianças e adolescentes com casais homoafetivos é uma realidade na nossa sociedade e que não há evidência científica que aponte no sentido de que isso seja prejudicial.

Por isso é urgente a regulação legislativa para essa situação. Enquanto isso não acontece, é preciso que se deixe de lado o preconceito e estereótipos ainda comuns na sociedade para permitir que casais homoafetivos possam adotar, em obediência às leis e aos princípios que baseiam nosso ordenamento jurídico, em especial o do melhor interesse do menor.

Finalmente, cabe lembrar que o indeferimento da adoção por casais homoafetivos deveria ocorrer apenas se fosse constatado que não podem oferecer ao adotado um ambiente familiar adequado, se demonstrarem conduta imprópria ou incapacidade para suprirem as necessidades da criança. Mas isso não seria por causa da sua orientação sexual. E o mesmo se aplicaria aos casais heterossexuais.

4.1.2 Preconceito Social

Outra questão bastante polêmica que desponta ao se falar de adoção por casais homoafetivos é o preconceito de que a criança pode ser vítima, por exemplo, na escola, por ser filha de pais gays.

Nesse sentido vale lembrar que trata-se de um questionamento que revela desconexão com a atualidade. No passado não muito distante, filhos de casais separados eram vítimas de preconceito na vizinhança, na escola, enfim, em toda parte. Questionava-se se o desenvolvimento dessas crianças seria afetado por serem criados por apenas um dos genitores, se a criança não se tornaria um “desajustado” e assim por diante. Todas essas questões já se encontram superadas hoje em dia. Mesmo crianças em idade bem tenra convivem bem com pais separados, com duas casas, com novos parceiros de seus genitores, com meios irmãos e assim por diante.

É preciso também lembrar que a eventual atitude discriminatória ou de repúdio a crianças criadas por casais homossexuais seria uma violação da nossa Constituição que proíbe discriminação de qualquer natureza. Isso jamais deverá ser aceito. Da mesma forma que não se pode aceitar atitudes discriminatórias contra filhos de imigrantes, de negros, de pais separados etc., devendo toda a sociedade censurar tal conduta.

A fim de preparar as crianças para que aprendam a lidar com eventuais situações de preconceito, Cristo (2015), cita que especialistas orientam que pais ou mães gays devem revelar sua orientação sexual aos filhos tão logo eles tenham condições de assimilar a informação, o que se dá por volta da idade de seis anos.

No mais, em tempos recentes vê-se cada vez mais nos meios de comunicação notícias acerca de casais homossexuais famosos e anônimos que adotaram filhos e formaram famílias fundadas em verdadeira afetividade. Casais que desfrutam da alegria da convivência humana e da realização de oferecerem a uma ou mais crianças a oportunidade de se desenvolverem com dignidade, de terem providas suas necessidades materiais, físicas, emocionais e espirituais.

Também, o argumento de que, pela possibilidade de a criança sofrer preconceito, não deve ser entregue a um casal homoafetivo, não pode ser aceito. O fato é que essas crianças existem, vivem em abrigos, recebem tratamento coletivo, muitas vezes carecem de condições dignas de vida. O preconceito existe em razão da ignorância, da falta de conscientização e educação. Portanto, o preconceito é algo infundado que não poderia jamais prejudicar uma criança em situação de abandono, que espera ser adotada, nem casais que esperam ter filhos.

Como no caso de casais separados, à medida em que uma determinada situação se torna mais comum, o preconceito tende a diminuir. Deverá ser assim também no caso de filhos de casais homoafetivos.

Vale, ainda, lembrar que crianças que vivem em abrigos, em instituições de acolhimento, à espera de uma família, também sofrem preconceito, sofrem as dores da desigualdade social, do abandono, e da falta de oportunidades. E enquanto lá permanecem têm poucas ou nenhuma chance de terem assegurados todos os direitos que a Constituição Federal determinou que lhes fosse oferecido: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Portanto, é vital que a legislação brasileira regule a realidade da nossa sociedade e proporcione mecanismos legais para que essa situação seja corrigida. Se o sistema jurídico passar a tratar do tema especificamente, vai contribuir muito para o fim do preconceito e para que nossa sociedade se torne mais livre e mais justa.

5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Embora não haja consenso entre os doutrinadores, é comum definir princípios jurídicos como abstrações, que devem direcionar a atividade jurídica e social, obtidas pelos intérpretes da lei a partir das normas, costumes, doutrina e jurisprudência, considerados, ainda, aspectos sociais e outros.

É comum a ideia de que os princípios permeiam o direito positivo mas não constituem regras jurídicas, e sim critérios para argumentação e para justificar a aplicação de determinada regra. Em outras palavras, indicam a direção ao intérprete da lei.

5.1 Princípios Jurídicos Referentes à Adoção

Há muitos princípios que podem ser aplicados em decisões envolvendo processos de adoção, mas, para o presente trabalho, serão analisados apenas os princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade e o do melhor interesse do menor.

5.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, é fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º da nossa Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Dentre os muitos princípios aplicáveis ao Direito de Família, o da dignidade da pessoa humana é de importância vital, posto que a família é o núcleo existencial comum a todos nós. E é nesse núcleo que todos devem se perceber dignos como seres humanos, merecedores de respeito, proteção e igualdade.

É a própria Constituição Federal que determina que esse princípio deva ser observado no âmbito familiar, como se vê no artigo 226, § 7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana coloca a pessoa como objetivo maior da proteção jurídica e é, por isso, de importância primordial na questão da adoção de crianças ou adolescentes por casais homoafetivos.

Revela sua importância desde o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares que, como outra qualquer, é digna de ver atendidos seus anseios por filiação. Negar-lhes isso seria evidente afronta a esse princípio componente da proteção que o Estado deve à família e aos seus entes, individualmente.

Com a base orientadora desse princípio, a adoção por casais homoafetivos permite que seja cumprida outra disposição constitucional inscrita no artigo 227, que preceitua:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse ponto, muito apropriada a lição de GUERIN²⁹:

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, da Constituição, o que evidencia a pessoa humana como valor fundamental e enfoque principal do direito, situando-a no epicentro de todo o ordenamento jurídico. Exige o respeito e a proteção dos direitos inalienáveis da pessoa humana, como o respeito pela vida, pela integridade física e moral, e tudo o mais que constitua condições mínimas para uma existência digna. Significa direito a um "tratamento honrado e não degradante". Ora, dificultar a adoção, em qualquer aspecto, é permitir que um número cada vez maior de crianças permaneçam nos abrigos e instituições acolhedoras, por um longo período de tempo, submetidas a um tratamento coletivo e em condições precárias, o que ofende a dignidade destas, visto que tem direito à convivência familiar e ao melhor desenvolvimento possível de sua personalidade. Também é ofender a dignidade do homossexual, tratando-o de forma degradante e restringindo o seu direito de constituir família, sem que existam motivos para tanto, o que se traduz em evidente falta de respeito à orientação sexual.

É evidente que é preciso observar o princípio da dignidade da pessoa humana para oferecer a proteção do Estado tanto às famílias homoafetivas que desejam adotar, quanto às crianças que anseiam deixar as filas de espera para serem adotadas.

²⁹ GUERIN, Camila Rocha. Adoção e união homoafetiva.

5.1.2 Princípio da Afetividade

No primeiro capítulo deste trabalho foi apresentada a lição da jurista Maria Berenice Dias, segundo a qual, as mudanças ocorridas no conceito e na formação das famílias, mostram que o aspecto religioso que antes dava validade à entidade familiar foi deixado de lado para dar lugar à vinculação pela afetividade.

Embora não esteja explicitamente previsto no nosso direito positivo o princípio da afetividade é valioso instrumento norteador das decisões relativas ao Direito de Família, visto que se baseia no sentimento de ternura, proteção, dedicação cuidadosa, atributos que deveriam estar presentes em todas as unidades familiares.

O princípio da afetividade, portanto, é o princípio que centraliza a definição de entidade familiar, que deve se pautar por laços de afeto e não mais exclusivamente por laços sanguíneos ou genéticos.

Trata-se de princípio que encontra-se implicitamente inserido no nosso sistema jurídico. Ele deriva de outros princípios igualmente importantes para o Direito de Família e se entrelaça com eles, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade e o do melhor interesse da criança.

De acordo com LÔBO *apud* SOUZA³⁰, o princípio da afetividade fundamenta o direito de família:

O princípio da afetividade fundamenta as relações interpessoais e o direito de família nas relações socioafetivas de caráter patrimonial ou biológico e na comunhão de vida. A família contemporânea não se justifica sem que o afeto exista, pois este é elemento formador e estruturador da entidade familiar, fazendo com que a família seja uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo tudo o que for vinculado neste ter a proteção do Estado.

O princípio em estudo é essencial para a constituição da família visto que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a família deixou de ser patriarcal, fundada na dependência econômica de um único provisor e caracteriza-se atualmente pelo sentimento de afeição, isto é, afeto. Em outras palavras, as entidades familiares passaram a ser baseadas em afetividade.

Diante disso, é preciso concluir que se houver numa entidade familiar os elementos descritos no artigo 226 da Constituição, ou seja, afetividade, estabilidade e ostensividade, essa

³⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias *apud* SOUZA, Paula Feijó Pereira de. A Relevância do Princípio da Afetividade nas Relações Familiares.

família, independentemente da orientação sexual de seus componentes, é merecedora da proteção do Estado.

5.1.3 Princípio do Melhor Interesse do Menor

O Brasil ratificou a Convenção Sobre os Direitos da Criança através do Decreto nº 99.710/90, introduzindo o princípio do melhor interesse da criança no seu sistema jurídico e desde então esse princípio serve de base para modificações legislativas referentes à infância e adolescência.

Como se tornou signatário da referida Convenção, o Brasil assumiu o compromisso de garantir às suas crianças e adolescentes, condições que permitam que eles cheguem à vida adulta a salvo, visto que o objetivo da Convenção é estabelecer o mínimo que uma sociedade deve garantir às suas crianças

Esse compromisso se traduz no princípio do melhor interesse do menor que implica, em termos práticos, considerar os interesses da criança em detrimento dos interesses de seus pais. Esse princípio, segundo CRISTO³¹ (2015), se revestiu de tamanha importância no âmbito do Direito de Família que é o principal norteador dos ordenamentos na área. Indica que as decisões judiciais devem sempre levar em consideração o melhor interesse da criança.

Embora não esteja expressamente na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), está no que se chama de Doutrina da Proteção Integral, que é o objetivo declarado do ECA, no seu artigo 1º.

Ainda segundo CRISTO (2015), essa doutrina se baseia em três pilares:

- I - a criança adquire a condição de sujeito de direitos;
- II - a infância é reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento;
- III - a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional, como se verifica do texto do artigo 227 da Constituição Federal.

Esse princípio se baseia no reconhecimento de que as crianças e adolescentes encontram-se em condição de pessoa humana em desenvolvimento e, por isso, merecem especial proteção.

O artigo 227 da Constituição Federal indica direitos fundamentais da criança e do adolescente que devem guiar a vida em sociedade e, por isso, são conhecidos como preceito-síntese da Doutrina da Proteção Integral, segundo a qual, “o princípio do melhor interesse da

³¹ CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança

criança deve ser interpretado de forma ampla, não admitindo qualquer elemento discriminatório, seja de cor, raça, sexo, nacionalidade, religião, origem social ou qualquer outra”³².

Diante dessas informações, resta evidente a implicação deste princípio na questão da adoção. Principalmente por se tratar de sujeito de direito em condição de vulnerabilidade, a criança ou adolescente, merecedores da mais ampla proteção do Estado, devem ter seus interesses considerados com absoluta prioridade sobre qualquer condição ou direitos de outros que porventura estejam envolvidos.

Trata-se, portanto, de um princípio que deve orientar as decisões judiciais envolvendo menores na busca pela satisfação de suas necessidades sociais de proteção integral, bem como nos casos em que não houver lei específica para regular determinada situação.

Essa é a situação tema do presente trabalho, visto que não há no regramento jurídico brasileiro dispositivo que regule a adoção por casais homoafetivos. Diante disso, o princípio do melhor interesse da criança é de que deve orientar os aplicadores da lei para decidirem.

Portanto, para uma decisão justa, o juiz deve analisar o que diz a lei e certificar-se de qual seria a solução menos gravosa ou mais benéfica à criança porque como CRISTO (2015) bem resume, “é assim que se dá a aplicação do princípio do melhor interesse da criança”.

³² CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança

6 A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

No presente capítulo será apresentada uma abreviada análise de como o Poder Judiciário brasileiro tem decidido as ações de adoção por casais homoafetivos ante a falta de legislação específica para regular a matéria.

6.1 Necessidade de Legislação Específica para Adoção por Casais Homoafetivos

Diante do que já foi considerado, sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro funda-se sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e proíbe distinção em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Constituição Federal, art. 1º, III e art. 3º, IV).

Na legislação infraconstitucional referente à adoção fica evidente que a pessoa que desejar adotar um filho, independente de seu estado civil, poderá fazê-lo, desde que atendidos os requisitos legais para tanto e que a adoção se dê em obediência ao princípio do melhor interesse do menor. O artigo 1.618 do Código Civil e o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não criam óbices à adoção em razão da orientação sexual do adotante. Logo, uma pessoa de orientação homossexual poderá se habilitar à adoção, desde que o faça individualmente.

A discussão em relação à adoção homoafetiva concentra-se na dificuldade ou na impossibilidade legal de que a adoção seja concedida a um casal de pessoas do mesmo sexo, a pessoas que vivam em união homoafetiva.

Isso se dá porque o artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente assim reza: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. E o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal diz: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Vê-se, portanto, que para a adoção conjunta, é requisito que os adotantes sejam civilmente casados ou vivam em união estável. E a Carta Maior reconhece união estável apenas entre o homem e a mulher.

Embora o artigo 42 do ECA não proíba especificamente que duas pessoas do mesmo sexo adotem um filho, desde que vivam em união estável, a verdade é que, também não autoriza isso claramente.

É importante lembrar que a nossa Constituição foi promulgada há mais de 30 anos e naquela época as famílias homoafetivas não eram tão numerosas ou evidentes na nossa sociedade. Portanto, é necessário que se busque corrigir essa situação com o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei 2285/07, que tramita no Congresso Nacional e que propõe reconhecer a pluralidade da sociedade brasileira e reformar o sistema jurídico que rege a família a fim de legitimá-la em todas as suas formas, incluindo a união homoafetiva. Quando aprovado, as famílias homoafetivas terão, finalmente, assegurados os direitos reconhecidos aos arranjos familiares hoje protegidos pelo ordenamento jurídico.

O processo legislativo em geral se dá pela regulação das relações jurídicas observadas na sociedade. O Direito deve refletir a realidade, regular as relações dela decorrentes visando a uma convivência harmônica e pacífica.

Ninguém pode negar que a união homossexual é uma realidade na sociedade brasileira e, portanto, não pode continuar sem regramento no ordenamento jurídico. A omissão do legislador gera insegurança jurídica, porque não existe uma regra a ser usada uniformemente pelos operadores do Direito para todos.

A gravidade dessa omissão foi mencionada pelo Ministro Ayres Britto³³, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132:

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um provocador de grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas.

Importante ressaltar que o objetivo da abordagem desse tema não é o de apoiar a causa dos homossexuais ou qualquer outra, mas o de defender que nossa sociedade seja livre, justa e que confira a todos os cidadãos a igualdade prevista no texto constitucional, independente da orientação sexual, da cor da pele, da religião, da corrente política ou ideológica que defenda.

Nesse sentido, é vital que as relações homoafetivas sejam legalmente reconhecidas a fim de que essa parcela da população tenha todos os direitos, como o direito à herança, a benefícios previdenciários e outros.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 2011.

Diante a omissão do legislador, até o momento as questões relativas às uniões homoafetivas, inclusive as adoções, são decididas pelos tribunais com base na analogia, na aplicação dos princípios gerais do Direito e na jurisprudência que já existe acerca do tema.

Mais uma vez, vale trazer à luz a valiosa a lição da juíza Camila Rocha Guerin³⁴:

A normatização é o momento culminante da experiência jurídica, que não pode ser evitada nem negada, especialmente quando o argumento para tal negação é, na maioria das vezes, o preconceito. Ademais, o tratamento legislativo específico traz mais benefícios do que a boa vontade e a atitude de magistrados individualmente considerados. Claro está que a aprovação de uma regulamentação da união homoafetiva e da possibilidade de adoção por parte desta é imprescindível e urgente, a fim de respeitar os princípios propagados pelo nosso ordenamento jurídico e efetivar a proteção da criança e do adolescente, legitimando juridicamente esta situação.

Diante do exposto, apresentam-se algumas decisões judiciais que demonstram a posição dos nossos tribunais em relação ao tema em estudo.

6.2 Posicionamento dos Tribunais Brasileiros em Relação à Adoção por Casais Homoafetivos

É requisito constitucional que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas (Constituição Federal, artigo 93, IX). Naturalmente, as leis são a base das decisões judiciais. No entanto, o fato de não haver lei que regule a adoção por casais homoafetivos não pode ser fator impeditivo para sua concessão. Para tanto, os magistrados brasileiros valem-se da aplicação de princípios jurídicos, que são orientadores da interpretação das normas.

Nessa base, nossos tribunais têm formado robusta jurisprudência em relação aos direitos dos homossexuais.

Vale lembrar, de início, a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 05.05.2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em que a Corte decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva e a equiparou à união estável heteroafetiva, dando, ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para, segundo o voto do relator, reconhecer a união contínua, pública

³⁴ GUERIN, Camila Rocha. Adoção e união homoafetiva.

e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva³⁵.

A conclusão de que “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar e ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente” está na fundamentação do voto do ministro relator e reflete uma verdade óbvia.

A partir dessa importante decisão do STF a união estável homoafetiva passou a ter reconhecimento e proteção jurídica perante o ordenamento brasileiro. Isso abriu caminho para decisões favoráveis à adoção por casais homoafetivos, como se vê a seguir:

INFÂNCIA E JUVENTUDE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO PARQUET. PRETENDIDA A COMPLEMENTAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL. DESNECESSIDADE. ESTUDOS SOCIAL E PSICOSSOCIAL CLAROS E FAVORÁVEIS À HABILITAÇÃO. TRATAMENTO PSICOTERÁPICO POR UM DOS ADOTANTES. FATO QUE CORROBORA SUA DISPOSIÇÃO EM SE PREPARAR PSICOLOGICAMENTE PARA A ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A COLOCAR EM DÚVIDA O PREPARO DO CASAL NESTE MOMENTO PROCESSUAL. CRITÉRIOS RECURSAIS DISCRIMINATÓRIOS, INFUNDADOS E DESARRAZOADOS. PRETENSÃO DE DESCOBRIR A "GÊNESE" DA HOMOSSEXUALIDADE E OS "PAPÉIS" QUE CADA UM EXERCE NO ÂMBITO RELACIONAL. PLEITO QUE ESBARRA NA DIGNIDADE HUMANA DOS REQUERENTES E NA NECESSIDADE DE TRATAMENTO IGUALITÁRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, III, 3º, IV, E 5º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABILITAÇÃO DEFERIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. "Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios." (STJ, REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 18/12/2012) 2. Na visão moderna, não há mais espaço para se conceberem argumentos impeditivos de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Tanto estes como os casais heterossexuais deverão comprovar, no mínimo, no interesse maior de crianças e adolescentes, suas aptidões para o exercício responsável da paternidade e maternidade. No âmbito do Direito da Infância e Juventude, há que se ter muita cautela para não se afrontar o princípio da dignidade humana, quer de crianças e adolescentes, quer de pretendentes a guarda ou adoção. Ambos merecem absoluta e inarredável proteção. (TJ-SC - AC: 00025831120178240036 Jaraguá do Sul 0002583-11.2017.8.24.0036, Relator: Marcus Tulio Sartorato. Data de Julgamento: 13/03/2018, Terceira Câmara de Direito Civil).

É possível entender dessa decisão que o recurso apreciado apresentava argumentos discriminatórios e infundados, questionando a natureza homossexual dos requerentes. A

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 2011.

decisão reporta ao precedente do STJ mostrando a robustez da jurisprudência no sentido de reconhecer a realidade social do momento e priorizar os interesses dos adotandos, em harmonia com o preceito constitucional.

Na decisão apresentada a seguir a decisão versa sobre a questão também abordada no presente trabalho, ou seja, diante da ausência normativa sobre adoção por casais homoafetivos, apenas um dos cônjuges se habilita para adoção. Novamente a decisão reflete a busca pelo melhor interesse da criança e rechaça preconceitos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. LEGALIDADE, DESDE QUE CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ECA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CÔNJUGE QUE, EM UM PRIMEIRO MOMENTO, POSTULOU SOZINHO A SUA INSCRIÇÃO NO CADASTRO CUIDA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ, PORQUE DESDE O PRIMEIRO ESTUDO SOCIAL DECLAROU QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. CINCO ESTUDOS SOCIAIS QUE AFIRMAM QUE O CASAL TEM CONDIÇÕES DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DO INFANTE, TENDO O MAIS RECENTE, INCLUSIVE, ASSEGURADO QUE O SEGUNDO CÔNJUGE EXERCE A PARENTALIDADE EM RELAÇÃO AO MENOR, COM LAÇOS DE AFETO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-SC - AC: 20150249251 Jaraguá do Sul 2015.024925-1, Relator: Domingos Paludo. Data de Julgamento: 28/05/2015, Primeira Câmara de Direito Civil).

Por fim, a decisão sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, mostra que o interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer elemento caracterizador de preconceito.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO : L M B G ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA EMENTA DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se rapidamente, 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 as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as

mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". Documento: 9823377 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 10/08/2010 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ – AC: 9823377 Brasília 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 27/04/2015, Quarta Turma).

Como bem destacou o ministro relator, o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar e é isso que se espera do Judiciário na apreciação das demandas por adoção feitas por casais homoafetivos a fim de concretizar verdadeira justiça.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a família é a base da sociedade e, por isso, merece ter especial proteção do Estado.

No entanto, nas últimas décadas o conceito de família sofreu importantes alterações em razão do natural processo evolutivo da sociedade e por influência de novos conceitos, culturas, conhecimentos, tecnologias e avanços científicos.

Principalmente a partir da Revolução Industrial, com a abertura do mercado de trabalho, as mulheres passaram a obter emancipação e o conceito tradicional de que a família é formada por pai, mãe e filhos, foi, gradativamente, sendo alterado para admitir novas formas de união ou entidade familiar.

Na sociedade brasileira o conceito de família formada apenas a partir do casamento, aos poucos se adaptou e cedeu lugar à moderna concepção, fundada no vínculo de afeto entre seus membros. Novas formas de entidade familiar passaram a ser admitidas e hoje convivemos com famílias unipessoais, uniparentais, anaparentais, pluriparentais, homoafetivas etc. E se a Constituição Federal proíbe discriminação de qualquer natureza (art. 5º), todas as formas de entidade familiar são merecedoras de proteção legal.

Visto que historicamente a família é formada para procriação e proteção da espécie é natural falar de filiação quando se fala de família. Atualmente, com acesso a novas tecnologias, muitas famílias que não podem ter filhos naturais buscam a filiação através de técnicas modernas de reprodução assistida, outras optam pela barriga solidária e ainda outras, pela adoção, ou filiação civil.

A pesquisa para a realização do presente trabalho revelou que a adoção é um ato de amor, de desprendimento e cuidado praticado desde a Antiguidade. No início, visava a atender aos interesses de famílias que não podiam, por alguma razão, ter filhos naturais. Na atualidade e na nossa legislação, especificamente, a adoção deve se dar sempre em harmonia com o princípio do melhor interesse do menor, ou seja, só pode ser deferida quando realmente for vantajosa para o adotando.

Assim, o processo de adoção no Brasil é regulado pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em obediência à premissa constitucional de que a criança, o adolescente e o jovem, por estarem na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, devem receber especial proteção, com absoluta prioridade. Cabe, ainda, segundo o texto constitucional, à família, à sociedade e ao Estado proporcionar-lhes essa proteção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve todos os procedimentos necessários à efetivação da adoção, que se dá, exclusivamente, por processo judicial. No entanto, a legislação, criada em torno do preceito de priorizar a família natural ou estendida da criança a ser adotada (biologização) tem-se revelado apartada da realidade. Foram criados diversos entraves burocráticos para o deferimento da adoção, que, não raro, demandam tanto tempo que acabam dificultando e até impossibilitando a adoção.

Para priorizar a família natural de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade os programas oficiais tentam corrigir situações quase incorrigíveis, como ressocializar pais que são viciados em drogas, que moram e não desejam sair das ruas, reinserir essas pessoas no mercado de trabalho, enfim, precisam de medidas que, na maioria das vezes, não produzem resultados satisfatórios e consomem o tempo urgente das crianças que carecem de cuidados parentais.

Os números do SNA – Sistema Nacional de Adoção, instituído pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, infelizmente não retratam a realidade da situação de crianças e adolescentes em abrigos ou instituições assemelhadas, visto que apresentam dados referentes apenas às crianças aptas à adoção, ou seja, que já superaram os procedimentos para a destituição do poder familiar.

Diferentemente dos números oficiais, há milhares de crianças e adolescentes que aguardam ansiosamente uma família para lhes dar abrigo e afeto enquanto o Estado busca a adaptação de sua família biológica ou encontre parentes que delas queiram cuidar, desconsiderando que em vez de priorizar o vínculo biológico, deve-se valorizar o vínculo afetivo, em harmonia com o atual conceito de família e o melhor interesse da criança.

Diante desse panorama da adoção no Brasil, o presente trabalho foi elaborado para dar enfoque a uma faceta desse instituto: a adoção homoafetiva.

A pesquisa realizada nesse sentido revelou as dificuldades enfrentadas pelos casais homoafetivos que desejam adotar, como a inexistência de previsão legal e o preconceito.

Embora a Constituição Federal (art. 226, § 3º) e o Código Civil (art. 1.723) sejam claros em afirmar que apenas a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar, as uniões homoafetivas são uma realidade na nossa sociedade. E a omissão da lei em relação a esse tema não tem o poder de esconder a realidade de que há casais homoafetivos na nossa sociedade.

A legislação brasileira atual não cria óbices à adoção por uma pessoa homossexual, desde que o faça individualmente e atenda a todos os requisitos estabelecidos. Para a adoção

conjunta, no entanto, é necessário que os adotantes sejam legalmente casados ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família (ECA, art 42, § 2º).

Nesse ponto reside a principal dificuldade enfrentada pelos casais homoafetivos, ou seja, a falta de preceito legal que reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Outra grande dificuldade enfrentada por essas entidades familiares que desejam adotar é o frequente questionamento sobre a possível influência negativa que o convívio com pais homossexuais possa ter sobre o desenvolvimento da criança e sua identidade sexual. Também se alega que a criança adotada por pares homoafetivos será vítima de preconceito por ter pais gays.

Na verdade, todos esses questionamentos revelam a grande resistência social à ideia de que casais homossexuais possam formar uma família. Todos esses questionamentos, no entanto, podem ser resumidos numa só palavra: preconceito.

A pesquisa realizada revela que estudos sérios e imparciais demonstram não haver qualquer diferença no desenvolvimento da sexualidade de crianças criadas por pais homossexuais em relação àquelas criadas por pais dos dois sexos. Nem há evidências de que casais homossexuais não sejam aptos para exercer a parentalidade.

Diante disso, o presente trabalho demonstrou que é preciso que nossa legislação passe a refletir a realidade da nossa sociedade e corrija essa omissão a fim de eliminar a insegurança jurídica gerada pela omissão apontada e passe a garantir tratamento isonômico a todos os cidadãos, como prescreve a Carta Magna.

Um passo nesse sentido foi dado em 2011, quando Supremo Tribunal Federal decidiu dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição e reconheceu a união estável homoafetiva e a equiparou à união estável heteroafetiva.

Como foco no tema escolhido, o presente trabalho demonstrou também que diante da lacuna existente na legislação, nossos tribunais têm formado robusta jurisprudência em defesa da adoção por casais homoafetivos, com base nos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, invocando, em especial, nas suas decisões a favor da adoção homoafetiva, os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e o princípio da afetividade.

No entanto, os milhares de crianças e adolescentes institucionalizados à espera de uma família que os acolha, lhes dê afeto e dignidade revela que os recursos jurídicos acima apontados não são suficientes para assegurar a essas crianças e jovens a pretendida proteção do Estado, nem tampouco os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição.

Assim sendo, restou evidente que a adoção não deve jamais ser condicionada à orientação sexual dos adotantes porque isso seria uma revoltante negação da realidade social brasileira e um grave desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Também resta claro que é necessário e urgente que as entidades familiares formadas por pessoas homoafetivas recebam proteção legal e a elas sejam estendidos todos os direitos reconhecidos aos demais arranjos familiares.

Somente dessa maneira nossa legislação refletirá a realidade e cumprirá a ordem constitucional de dar a crianças, adolescentes e jovens a especial proteção que merecem, com absoluta prioridade, realizando, assim, verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS

- ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos AZEREDO, Christiane Torres de. **O conceito de família: origem e evolução.** Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o%3E>>. Acesso em 12.07 2021.
- BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas** [online]. 2ª Edição rev. e ampl. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/ym6qv/pdf/baranoski-9788577982172.pdf>>. Acesso em 01.06.2021.
- BERNADO, Renata Barros. **O conceito de família à luz da constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63694/o-conceito-defamilia-a-luz-da-constituicao-de-1988-e-a-necessidade-de-regulamentacao-das-relacoes-concubinarias>>. Acesso em 08.06.2021.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro** (Lei n. 10.406/2002).
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 34ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132.** Relator: Ministro Ayres Britto. 2011. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 01.10.21.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-eacoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em 25.09 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175 de 14/05/2013.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em 01.10.2021
- CRISTO, Isabella. **Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança.** Data de publicação: 10.06.2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a>>. Acesso em 08.08.2021.
- DIAS, Maria Berenice. **Adoção: um depósito de crianças e o absoluto desleixo estatal.** Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13121\)Adocao__um_deposito_de_criancas_e_o_absoluto_desleixo_estatal.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_13121)Adocao__um_deposito_de_criancas_e_o_absoluto_desleixo_estatal.pdf)>. Acesso em 12.07.2021.
- DIAS, Maria Berenice. **Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade.** Data de publicação: 29.12.2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 12.07.2021. Direitos da Criança – 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 01.06.2021

FUGIMOTO, Denise. **A filiação e o parentesco**. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/33175/a-filiacao-e-o-parentesco>>. Acesso em 18.09.2021.

GUERIN, Camila Rocha. **Adoção e união homoafetiva**. Data de publicação: 08.07.2009.
Disponível em:
<<https://ibdfam.org.br/artigos/524/Ado%C3%A7%C3%A3o+e+uni%C3%A3o+homoafetiva>
Acesso em 10.08.2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Casamentos homoafetivos crescem 61,7% em ano de queda no total de uniões**. Disponível em:
<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes>. Acesso em 04.08.2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Registro Civil 2014: Brasil teve 4.854 casamentos homoafetivos**. Disponível em:
<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/15160-registro-civil-2014-brasil-teve-4-854-casamentos-homoafetivos>. Acesso em 04.08.2021.

KUSANO, Susileine. **Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar**. Data de publicação: 01.06.2010. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/da-familia-anaparental-do-reconhecimento-como-entidade-familiar/>>. Acesso em 11.07.2021.

MARQUES, Natália Schettine et al. **A evolução do conceito de família brasileira**. Disponível em:
<<http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/85/70>>. Acesso em 18.09.2021.

MENEZES, Laila. **União Homoafetivas: A Busca pelo Reconhecimento Social e Jurídico**. 13/09/2005. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/541/Uni%C3%B5es+Homoafetivas:+A+Busca+pelo+Reconhecimento+Social+e+Jur%C3%ADico>>. Acesso em 11.07.2021.

MONTELES, Gabriel Araújo. **Adoção por pares homoafetivos: um estudo sobre os novos paradigmas familiares à luz da legislação e da jurisprudência**. Data de publicação: 10.07.2020. Disponível em:
<<https://ibdfam.org.br/artigos/1502/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+pares+homoafetivos:+um+estudo+sobre+os+novos+paradigmas+familiares+%C3%A0+luz+da+legisla%C3%A7%C3%A3o+e+da+jurisprud%C3%Aancia>>. Acesso em 04.08. 2021.

NOGUEIRA, Grasiéla. **Da filiação**. Data de publicação: 01.06.2010. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/da-filiacao/>>. Acesso em 10.08.2021.

OUTEIRAL, José. **Família e contemporaneidade**. Jornal de Psicanálise, v. 40, n. 42, junho 2007, São Paulo. Disponível em:
<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-58352007000100005>. Acesso em 08.07.2021.

- PEREIRA, Fernanda Amadio Piazza Jacobs. **Adoção e reconhecimento de filiação socioafetiva - Um comparativo entre os institutos**. Data de publicação: 21.10.2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/335153/adocao-e-reconhecimento-de-filiacao-socioafetiva---um-comparativo-entre-os-institutos>>. Acesso em 10.08.2021.
- PEREIRA, Jeferson Botelho; FIGUEIREDO, Cristiane Xavier et al. **Família monoparental como entidade familiar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6420, 28 jan. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/88058>>. Acesso em: 16.10.21.
- REIS, Clarice Moraes. **O poder familiar na nova realidade jurídico-social**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7376/1/DIR%20-%20Clarice%20M%20Reis.pdf>>. Acesso em 08.07.2021.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Vol. 6 - Direito de Família**. 28ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A Relevância do Princípio da Afetividade nas Relações Familiares**. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/paula_souza.pdf>. Acesso em 10.08. 2021.
- VIEIRA, Taís Fernandes; FEITOSA, Leonice Lopes. **Adoção por casais homoafetivos no Direito Brasileiro**. Publicação: 11.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53531/adocao-por-casais-homoafetivos-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 04.08. 2021.