

**Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso**

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA
REALIDADE**

**Autor: Cecília Teixeira dos Santos
Orientador: Clarissa Teixeira Karnikowski**

**Brasília - DF
2014**

CECÍLIA TEIXEIRA DOS SANTOS

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA REALIDADE

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Clarissa Teixeira Karnikowski

Brasília,
2014



Monografia de autoria de Cecília Teixeira dos Santos, intitulado “ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA REALIDADE”, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Brasília, em data (DATA), defendido e aprovado pela banca examinadora abaixo assinada:

Profa. Clarissa Teixeira Karnikowski
Orientadora
Direito-Graduação – UCB

Prof. (titulação). (Nome do membro da banca)
(Curso/programa) – (Sigla da instituição)

Prof. (titulação). (Nome do membro da banca)
(Curso/programa) – (Sigla da instituição)

Brasília,
2014

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA REALIDADE

CECÍLIA TEIXEIRA DOS SANTOS

Resumo:

A presente monografia visa discorrer a cerca de um tema que sempre mostrou-se presente na sociedade, no entanto, jamais foi enfrentado e discutido com tanta ênfase como tem sido atualmente, qual seja, a possibilidade de casais homoafetivos realizarem adoção de crianças e adolescentes. Através de uma análise sociológica quanto à evolução histórica da família, dos direitos dos homossexuais e do instituto da adoção, aplicando-se os princípios constitucionais para a proteção e o reconhecimento de um direito maior, qual seja, o da criança e do adolescente de ter um lar e fazer parte de um núcleo familiar, bem como o direito de igualdade aplicado aos casais do mesmo sexo em poder adotar, sendo este o objetivo principal do presente trabalho. Além de discorrer a cerca das atuais decisões proferidas pelos tribunais superiores.

Palavra-chave: Homossexualidade – adoção – reconhecimento – família – princípios

ABSTRACT

This monograph aims to argue about a topic that most people always present in society, however, has ever faced and discussed with as much emphasis as it has currently been, namely, the possibility of performing homosexual couples adopting children and adolescents. Through a sociological analysis about the historical evolution of the family, gay rights and the institution of adoption, applying constitutional principles for the protection and recognition of a higher law, namely, that of children and adolescents to have a home and be part of a family unit as well as the right to equality applied to same-sex couples to adopt in power, which is the main objective of the present work. In addition to the current discourse about decisions handed down by higher courts.

Key word: Homosexuality - adoption - recognition - family - principles

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA.....	6
1.1 Conceito de Família.....	8
1.2 Evolução histórica.....	9
1.3 Direito de Família contemporâneo.....	11
CAPÍTULO 2 – ADOÇÃO.....	14
2.1 Conceito de Adoção.....	14
2.2 Breve histórico da adoção e atual legislação referente à adoção no Brasil.....	15
2.3 A Função Social da Adoção.....	18
CAPÍTULO 3 – DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	19
3.1 Reconhecimento da união homoafetiva.....	20
3.2 Adoção por casais homoafetivos.....	20
3.3 Preconceito.....	23
3.4 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	24
3.5 Deferimento da adoção por pares homoafetivos através da jurisprudência.....	25
Conclusão.....	30

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa analisar o atual cenário jurídico quanto a possibilidade de adoção realizada por casais do mesmo sexo, buscando para tanto, a aplicação de princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico brasileiro como o princípio da igualdade e princípio da dignidade da pessoa humana.

As constantes discussões existente em relação ao homossexualismo e os direitos de pessoas homossexuais envolve muitas questões que transpassam o ordenamento jurídico e permeiam a teia social e suas significações, trazendo a sociedade uma mudança que apesar de estar presente na sociedade há tempos, jamais fora trazida a debate.

A temática em foco, busca alcançar o reconhecimento a igualdade relativa à adoção realizada por casais homossexuais e heterossexuais, não havendo distinção quanto a nova forma de constituir família, ainda que haja a dificuldade no reconhecimento perante a sociedade, o que será um processo de evolução.

O objetivo principal da adoção é a inserção da criança e do adolescente no instituto familiar dando um lar a eles, vislumbrando, sobretudo o efetivo reconhecimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que deve ser priorizado. Deste modo, não deve ser posto a cima de direitos e princípios constitucionais o preconceito e a ignorância de grande parte da sociedade que insiste em repudiar casais do mesmo sexo.

A existência do Direito bem como a existência de um ordenamento jurídico que discipline acerca dos direitos e deveres de cada cidadão deve estar vinculado aos fenômenos sociais e as mudanças sofridas pela sociedade adequando-se às tradições e práticas que buscam refletir o quadro cultural da sociedade nas leis, assim, as constantes mudanças na sociedade devem estar amparadas por um ordenamento jurídico, principalmente quando tem-se em pauta, um direito primordial constante do ordenamento jurídico, o direito de igualdade, que deve ser reconhecido.

Para tanto, cumpre salientar que a Constituição Federal em seu artigo 5º estabelece que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”¹, contudo, tal preceito nem sempre se vislumbra no mundo real.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Dessa forma, a presente monografia, avaliza-se pela necessidade de construir um cenário para as discussões que permeiam a formação de um novo conceito de família, a partir do reconhecimento do direito a igualdade, bem como a necessidade de se formular leis que possam assegurar os direitos dos casais homoafetivos, das crianças em fazer parte de um ambiente familiar e fazer parte da constituição de uma família, proporcionando um ambiente saudável, para as inúmeras opções e decisões que não se justificam pela opção sexual, sem que haja qualquer preconceito quanto a isto.

CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA

Inicialmente, serão abordados temas conceituais de Direito de família, bem como o conceito e uma breve evolução histórica até adentrarmos a família contemporânea. Do mesmo modo se faz necessário discorrer a cerca dos liames conceituais da adoção e sua evolução legislativa, para que se possa adentrar no tema objeto principal do presente trabalho, qual seja, a construção de julgamentos realizado pelos Tribunais que viabilizam e discorrem quanto ao direito dos pares homoafetivos de constituir família e a possibilidade de adoção por casais homoafetivos mediante julgamentos jurisprudenciais em decorrência da omissão legislativa referente ao tema.

1.1 Conceito de família

A Constituição Federal e o Código Civil não apresentaram uma definição para família em seu texto constitucional, instituindo apenas a sua formação, sendo composta pelos ascendentes, descendentes, cônjuges e afins. A Constituição Federal de 1988 deixou de reconhecer apenas a família composta pelo matrimônio e passou a reconhecer a família advinda da união estável e famílias monoparentais, admitindo, portanto a viabilidade de inúmeras maneiras de formação de família, estendendo a todas elas a sua proteção, conforme dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado;
§ 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.
§ 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.²

Nos dizeres de MARIA HELENA DINIZ o direito de família é constituído da seguinte forma:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.³

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

³ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8.

Diante disto, frente ao que disciplina o dispositivo constitucional acima exposto e os dizeres de Maria Helena Diniz, a família como um todo, admite várias espécies e sua formação pode sobrevir das relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com esta.⁴

Em consonância com a constante evolução histórica da sociedade e das frequentes mudanças sobrevindas a ela, não é possível vincular o Direitos das Famílias nas relações advindas apenas do casamento, como fez o Código Civil de 1916, diante do caráter plural das entidades familiares.⁵

Portanto, a mudança alcançada com a chegada do Código Civil de 2002, obteve um amplo reconhecimento das diversas entidades familiares, possibilitando uma maior proteção a estas entidades que até então não eram reconhecidas e conseqüentemente não detinham proteção do Estado. De tal modo, aquela entidade familiar encontrada no Código Civil de 1916 não encontrou respaldo perante as mudanças sociais e a desvinculação dos modelos patriarcais da família fez-se necessário, sobrevivendo para tanto o atual Código flexível ao reconhecimento pluralidade nas entidades familiares.

Para Washington de Barros Monteiro, a família “representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”⁶. O mesmo autor em sua obra Curso de Direito civil, Direito de família, estabeleceu ainda um conceito sob a análise em sentido restrito e em sentido amplo em decorrência da diversidade dos núcleos familiares e da dificuldade de intitular um conceito de família:

Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido ainda mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência de relação familiar.⁷

⁴ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 3

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.13

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, Direito de família**. 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito de família**. 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15

Por fim, tem-se nítido a importância da legislação adequar-se ao cenário atual, frente às constantes transformações, tornando-se extremamente complicado nos vincular a apenas uma definição de família, uma vez que não há mais um modelo de família, a padronização que era presente na antiguidade. Por tais motivos, mostram-se frequentes a busca do reconhecimento das diversas formas de constituição de família, que não estão pautadas na legislação, frente à vasta evolução social.

Assim, por exemplo, tem-se em nossos Tribunais questões afetas como: à disputa da guarda pelo pai biológico e o afetivo; à dissolução das uniões homoafetivas: os pedidos de alimentos e adoção formulados por homossexuais⁸. Diante disto, é notável que as mudanças causadas na sociedade evidenciem que a definição de família não estabelece mais a ideia de pai, mãe e filhos, acarretando a complexa constituição do conceito de um novo núcleo familiar que embora não esteja pautado na legislação, mostra-se presente e são essas mudanças que traduzem o novo conceito de família, formado pelas uniões estáveis, por genitores descasados, fundadas nas relações homoafetivas ou até mesmo solteiros.⁹

1.2 Evolução histórica

Em decorrência a todas as mudanças sociais e jurídicas, podemos concluir que o conceito, a compreensão e a expansão de família são os que mais sofrem mudanças na sua constituição no decorrer do tempo¹⁰. Dessa forma, mostra-se de inteira importância discorrer, ainda que perfunctoriamente, o processo de construção histórica que se deu até adentrarmos ao resultado que temos nos dias atuais.

A origem da família está atrelada à história da civilização, tendo em vista que surgiu como um fenômeno natural, ocorrido pela necessidade do ser humano em estabelecer relações afetuosas de forma estável.¹¹

Até pouco tempo atrás, a família era compreendida somente como a entidade constituída através do casamento. Consistia na união entre homem e mulher unidos pelo matrimônio.

⁸ WALD, Arnaldo Wald; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa, **Direito Civil, Direito de Família**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3

⁹ *Ibidem.*, p. 4

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo, **Introdução ao Direito de Família**, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3

¹¹ Wald Arnaldo, **O novo Direito de Família**, 14. Ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9

Nessa conjuntura o Código Civil de 1916, só reconhecia os direitos de relações advindas pelo matrimônio. Aquela época a sociedade não reconhecia nenhuma outra forma de constituição de família como as famílias monoparentais e as uniões estáveis. Este tipo de formação não era reconhecido como entidade família e muitas pessoas que se viam fazendo parte desta relação sofriam com repulsa da própria sociedade que os discriminavam.

A entidade familiar apresentava seu embasamento no homem, que era chamado de patriarca e que ostentava o papel de provedor, enquanto a mulher tinha papel apenas reprodutório e exercia a responsabilidade pelo cuidado e criação dos filhos e da casa. Assim, a família naquela época não era composta pela afetividade, mas sim pela finalidade de reproduzir. Entretanto, a família patriarcal, que a legislação civil brasileira adotou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, acarretando a sua ruína, no plano jurídico, pelos valores introduzidos através da Constituição de 1988¹² e no plano social pelo advento da revolução industrial que apresentou a necessidade de majorar a mão de obra em atividades terciárias, ocasião em que a mulher introduziu-se no mercado de trabalho e o homem deixou de ser o núcleo da família e a única fonte de sobrevivência familiar, importando em mudanças nos papéis dos cônjuges dentro da família, cedendo lugar a democratização.¹³

Frente a isto, aos poucos o molde das famílias foram mudando e as mulheres passaram a conquistar seu espaço no mercado de trabalho, essas conquistas se deram a partir do século XX e são avaliadas como um marco na modificação da estrutura familiar. Tais modificações são conferidas a partir da integração e inserção da mulher no mercado de trabalho, passando a ser considerada a partir daí sujeito de direitos que até o momento competiam exclusivamente aos homens. Assim, como as mulheres haviam adentrado o mercado de trabalho e agora não tinham mais a disponibilidade de exercer as atividades que desenvolviam anteriormente, surgindo à necessidade de serem desenvolvidas por outras entidades, como pela escola ou pelo próprio Estado, que passaram a assumir a função que anteriormente cabia somente à família.¹⁴

¹² LOBO, Paulo, **Direito Civil, Famílias**, 4. Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

¹³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6

Durante uma parte desse período ainda estava em vigor o Código Civil de 1916 que ainda reconhecia a discriminação entre sexos, o que ficou vedado com o advento do novo Código Civil de 2002 e com a Constituição Federal de 1988, trazendo dessa forma a equiparação dos direitos e deveres entre homens e mulheres diante do princípio da igualdade. Assim sendo, dissipou-se a ideia de superioridade abarcada ao homem perante a sociedade conjugal, sendo introduzido através do novo Código Civil de 2002 e da CF de 1988 a condição de igualdade no casamento, sendo agora atribuído ao homem e a mulher o exercício do poder familiar que anteriormente era chamado de pátrio poder que era exercido apenas pelo patriarca da família, o homem.¹⁵

Nesse diapasão, Paulo Lobo explica a respeito dessa transformação social advinda ao longo do século XX, a seguir:

A família, nas sociedades de massas contemporâneas, sofreu as vicissitudes de urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.¹⁶

O processo de transformação e evolução histórica advinda com tempo resultou em várias mudanças que se refletem na sociedade atual, quebrando paradigmas e levando a mudanças quanto à formação e estruturação da família. Novos Direitos surgiram e continuarão a surgir, envolvendo não apenas os inerentes a família, quanto conjunto, mas também os referentes aos seus membros, entre si ou em detrimento do Estado, da sociedade e das demais pessoas, em determinadas circunstâncias em que a Constituição e a legislação infraconstitucional tratam a família, direta ou indiretamente, como peculiar sujeito de direitos (ou deveres).¹⁷

Washington de Barros Monteiro indica as espécies de núcleo familiares estabelecidas atualmente, *in verbis*:

Mas o que deve ser compreendido por família, presentemente, no direito brasileiro? O direito positivo conhece quatro espécies de grupos familiares: a) a entidade familiar criada pelo casamento entre pessoas de sexo diverso; b) a entidade familiar decorrente da união estável entre homem e mulher; c) a entidade familiar decorrente da união entre duas pessoas do mesmo sexo; d) a comunidade familiar, formada por apenas um dos genitores e seus descendentes; e) a família substitutiva, na qual a pessoa é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual passa a desempenhar integralmente o papel de filho.¹⁸

¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, 41**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23

¹⁶ LOBO, Paulo, **Direito civil, Famílias**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20

¹⁷ Ibidem, p. 19

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil, 41**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25

1.3 Direito de Família Contemporâneo

Como visto anteriormente, o conceito de família teve uma vasta modificação no decorrer das décadas em decorrência das transformações sofridas pela sociedade e conseqüentemente o reconhecimento dos diversos institutos familiares diversos do padrão existente antes da Constituição de 88.

A família no atual cenário deixa de reger-se sob a ótica de uma pessoa da família, que era o pai, e passa a existir a figura da mulher e dos filhos dando espaço as transformações sociais advindas pelo tempo, onde não há mais o reconhecimento da família advinda apenas pelo casamento.

Nesse contexto a promulgação da Carta Magna de 88, reconheceu um novo direito de família, dando espaço a aplicação de princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana. Neste campo situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção a pessoa dos filhos, direitos e deveres entre os cônjuges, igualdade de tratamento entre estes, etc¹⁹. Transformando paradigmas e preconceitos existentes durante séculos trazendo a sociedade varias inovações, bem como, igualdade de gênero, ou seja, tornando idêntica a proteção desempenhada para homens e mulher e ampliando esta proteção de quanto à igualdade aos filhos, sem distinção dos advindos pelo casamento, união estável ou adoção.

Assim sendo, a família atual assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.²⁰

Portanto a família contemporânea se liga mediante vínculo consanguíneo e ou afetivo.²¹

Frente a enorme ampliação do conceito de família traduzido pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico entendeu que as uniões entre homossexuais deveriam ser consideradas formas de família,

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo, **Introdução ao Direito de Família**, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 9

²¹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 6

recebendo assim a mesma proteção do Estado destinada aos casais unidos pelos vínculos da união estável.²²

Em conformidade com o intitulado pela Constituição de 88, temos nos moldes da família contemporânea, a regularização e proteção de um princípio constitucional delegado no art. 1º, III da Carta maior, em que busca, sobretudo a proteção da dignidade da pessoa humana, portanto, na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.²³ Diante disso é claro que o objetivo fundamental da Carta magna é promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁴, configurando dessa forma a dignidade da pessoa humana.

Portanto, tem-se que o Estado se funda neste princípio para ponderar a sua atuação, havendo a obrigação de agenciar condutas dinâmicas que permitam o mínimo de condições existências para cada ser humano ter assegurado o seu direito.

No que tange à pluralidade de entidades familiares que surgiram no transcorrer dos tempos, tem-se que, a partir de tal princípio, deve haver igualdade de tratamento quanto a essas novas entidades familiares, em decorrência da garantia constitucional que advém de tal princípio e ainda o reconhecimento da escolha de manter ou não o núcleo familiar, independente de sua formação, reconhecendo a liberdade individual de cada um.

Assim sendo, a proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida toda e qualquer forma de violação a dignidade do homem²⁵. O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre

²² LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5201>. Acesso em: 12 out. 2014

²³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direitos das Famílias**, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63

²⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. (1988).

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.10.

planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.²⁶

²⁶LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**, In: DEI`OLMO. Florisbal de Souza; ARAUJO, Luis Ivani de Amorin, **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: Estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 8

CAPÍTULO 2 – ADOÇÃO

2.1 Conceito de adoção

Contemporaneamente, a adoção esta ligada a ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo as suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive psíquico, educacional e afetivo.²⁷ Assim sendo, a adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vinculo biológico, tendo como principal objetivo a pessoa e o bem estar do adotado, antes do interesse dos adotantes.²⁸

O ato da adoção, faz com que haja o reconhecimento da filiação independente do vinculo biológico. A Constituição Federal institui que:

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.

(...)

§ 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.²⁹

A adoção confere a alguém o estado de filho, para todos os fins e feitos³⁰, não havendo que se falar em qualquer distinção do adotado e dos filhos biológicos. A nova lei da adoção, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do adolescente regem-se pelo principio da igualdade entre os filhos. Cumpre salientar que, o ordenamento jurídico brasileiro optou pelo critério da socioafetividade para definição de família, assim Maria Helena Diniz discorre sobre família no sentido amplo como “todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos”.³¹

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 961

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo, **Introdução ao Direito de Família**, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 261

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Direito das Famílias**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 962

³¹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 5

Dessa forma, a adoção é ato de amor, que viabiliza a inserção de criança e adolescente em uma família, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a proteção do Poder Judiciário.³²

2.2 Breve histórico da adoção e Atual Legislação Referente à Adoção No Brasil

De acordo com a história, nosso país permaneceu um longo caminho legislativo em relação à adoção e aos direitos dos filhos adotivos, até adentrarmos a Constituição de 1988 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a mais recente Lei da Adoção, Lei 12.010/2009.³³

No Brasil este ato foi formalmente reconhecido no Código Civil de 1916, no entanto os ditames e finalidade da adoção eram completamente distintos do que temos atualmente. Naquele regime a adoção só era possível aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada. O legislador aquela época entendia que, ao atingir essa idade, o casal já havia esgotado todas as possibilidades de ter filhos de forma natural, sendo provável que não viesse mais a possibilidade de tê-los. Estão, e só então, surgia a possibilidade da adoção, com a finalidade de suprir, dessa maneira uma falta que a natureza criara as pessoas que diante da idade já não tinha tantas chances de obter filhos de forma natural.³⁴

Ao longo do tempo, o legislador brasileiro entendeu a seriedade que da adoção e modificou alguns dispositivos do Código Civil de 1916 vigente àquela época com o advento da lei nº 3.133/57, dessa forma, pôde-se apresentar a redução da idade para adoção de 50 anos para 30 anos, desde que os casais tivessem pelo menos cinco anos de matrimônio. Conforme disciplina o art. 368 do Código de 1916:

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.³⁵

Naquele período pouco importava o bem estar do adotado levando-se em consideração apenas a vontade do adotante em constituir uma família e ter filhos. Este processo foi sendo, pouco a pouco aperfeiçoado de modo que, hoje, o objetivo

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Direito das Famílias**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 962

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil: Direito de Família**, 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.280

³⁴ RODRIGUES, Sílvio, **Direito Civil, Direito de Família**, 28. Ed, v.6, São Paulo: Saraiva, 2004, p.336

³⁵ BRASIL. Código Civil (1916).

principal da adoção está voltado intimamente ao amparo ao adotado.

Assim sendo Venosa nos trás a real utilidade e importância da adoção entendida atualmente:

Sua utilidade, com relação ao menor, carente ou em estado de abandono, é inafastável, sendo do interesse do Estado que se insira em um ambiente familiar homogêneo e afetivo. Sua utilidade, mormente para casais sem filhos, é ressaltada. O enfoque da adoção atual terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes.³⁶

Frente a isto, com o advento do Código Civil de 2002, fora estabelecido o sistema de adoção plena e posteriormente com o advento da Lei 12.010/2009 que modificou os dispositivos do Código Civil, determinou que a adoção passou a ser regulamentada integralmente sob os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA, em seus dispositivos estabeleceu como requisito para a adoção um novo sistema adotado pelo país exigindo que o ato fosse reconhecido mediante decisão judicial, tanto para as crianças menores de 18 anos quanto para as maiores, ou seja, só é reconhecida a adoção mediante sentença transitado em julgado conforme estabelecido nos arts. 1618 e 1619 do Código Civil, *in verbis*:

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.

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.³⁷

Portanto a adoção não será reconhecida mediante procuração, conforme aceitava o Código Civil de 1916, uma vez que constitui ato personalíssimo.

Quanto aos efeitos da adoção, esta, mostrando-se irrevogável e somente possível mediante consentimento dos pais do adotado (exceto nos casos de desconhecimento ou destituição do poder familiar), sendo advinda de um estágio de convivência por prazo fixado judicialmente³⁸, considerando ainda que deve ser reconhecida em último caso, quando não houver mais nenhuma possibilidade de inserção da criança na família biológica, conforme dispõe o art. 39 do ECA.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 271

³⁷ BRASIL. Código Civil (2002).

³⁸ WALD, Arnaldo Wald; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa, **Direito Civil, Direito de Família**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 322

Assim, diante da nova legislação, observam-se duas finalidades basilares trazidas por ela, quais sejam, dar filhos aqueles que biologicamente não podem os ter e dar pais aos menores desamparados.

A finalidade principal da adoção descrita originalmente no Código Civil de 1916 tinha como ponto principal a figura dos pais que não podiam ter prole e as normas foram postas primordialmente em benefício dos adotantes. Contrariamente, a finalidade da legislação posterior e sobretudo do Estatuto da Criança e do Adolescente é completamente o inverso, uma vez que o legislador preferiu resguardar o interesse do menor desamparado, colocando-o em família substituta, condicionando o deferimento da adoção à demonstração de autênticas vantagens para o adotando. Essa ideia de adoção foi apresentada inclusive por dispositivos do texto do mais recente Código então revogado: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando” (art. 1.625, revogado). Esse dispositivo programático sobrepõe-se tanto aos adotandos maiores como aos menores, na sistemática da nova lei. Ao decretar uma adoção, o ponto principal de exame do juiz será o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe proporcionar.³⁹

Em conformidade com a nova ótica da adoção, a decisão que a reconhecer será irrevogável e medida excepcional, onde deverá ser instituída apenas quando não houver nenhuma possibilidade de conservar a criança ou adolescente no âmbito de sua família natural, sendo deferida somente quando for manifestamente vantajosa a criança e ao adolescente e estar motivada em causas válidas.

Todas as pessoas capazes civilmente são legitimadas a adotar, desde que com idade superior a dezoito anos e qualquer que seja o seu estado civil. Dessa forma, uma pessoa viúva, solteira, divorciada, independente de seu estado civil, pode adotar desde que esteja dentro dos requisitos e demonstre condições para a inserção do adotando no núcleo familiar substituído⁴⁰. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente obriga que:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.⁴¹

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 281

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 920

⁴¹ BRASIL. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990 que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 41 da Lei 8069/90 dispõe que: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

2.3 Função social da adoção

Sob a ótica social, a ideia central da adoção contida no Código Civil de 1916, era de atingir nomeadamente os indivíduos que não podiam ter prole. Posteriormente, na vigência de nova legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, trás como finalidade totalmente o inverso contido no código anterior, uma vez que, a nova legislação busca, sobretudo, a proteção do menor desamparado, inserindo-o em família substituta, desde que observados os requisitos estabelecidos em lei e ante a efetiva comprovação do melhor para o adotando, regendo-se sob a ótica do princípio do melhor interesse do adotando, apontando a função social da adoção na real possibilidade do adotando de conviver em um ambiente saudável ao seu desenvolvimento.

Disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção resulta em integração absoluta do adotando em família substituta, afastando-o, em definitivo, da família de sangue, de maneira irrevogável. Dessa forma, é como se o adotando estivesse morto para a família de sangue e renascido para a família do adotante, como se nascesse filho deste.⁴²

⁴² VIANA, Marco Aurélio Silva, **Da guarda, da tutela, da adoção**, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 257

CAPÍTULO 3 – DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

3.1 Reconhecimento da união homoafetiva

Conforme já mencionado anteriormente é sabido que a adoção por pares homoafetivos sofre grande preconceito da sociedade e encara inúmeras dificuldades sociais e jurídica tendo em vista que não há o reconhecimento normatizado deste ato, bem como nenhuma medida protetiva.

É admirável frisar que a sociedade está recebendo um novo tipo de família e portanto como não havia respaldo legal a cerca do reconhecimento deste novo tipo de família, tornou-se necessário que os Tribunais a reconheçam. Este foi um largo caminho percorrido que finalmente encontrou amparo perante os Tribunais, quando o Supremo Tribunal Federal – STF em 2011 reconheceu a união homoafetiva como entidade família, e julgaram a ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, segue ementa do julgamento, *in verbis*:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.⁴³

É considerável apontar que, com a prolação desta decisão, conquista-se uma garantia, qual seja, casais homossexuais podem manter uma união estável

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011.

registrada no Brasil, e portanto, reconhecida pela justiça. Nesse compasso, é assegurado a estes casais direitos comuns reservados a casais heterossexuais como pensão, herança, regulamentação da comunhão de bens e previdência. Conseqüentemente, ao reconhecer a união estável de casais homossexuais, esta decisão facilita a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, tendo em vista, que o obstáculo para a adoção por pessoas do mesmo sexo era exatamente o fato da união dessas pessoas não ser reconhecido como união civil, uma vez que, o requisito previsto no ECA em seu art. 42, § 2º é “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) “.

De tal modo, como a união civil por pessoas do mesmo sexo já esta reconhecida, não há mais impedimentos para que não seja reconhecida a adoção conjunta por estes casais.

3.2 Adoção por casais homoafetivos

Aqui, será abordado o foco principal trazido por este trabalho, a possibilidade da adoção realizada por casais do mesmo sexo. A adoção por casais homoafetivos está rodeada de paradigmas e preconceitos, tanto sociais, quanto jurídicos, contudo, é aparente que se esta adoção fosse juridicamente regularizada, poder-se-ia evitar inúmeros casos de crianças sem lar e quase sem perspectiva de desenvolvimento social, educacional e cultural saudável, uma vez que não estão dentro de uma entidade familiar que possa transferir ensinamentos e valores, que são feitos independente da orientação sexual dos pais, sendo este um dos aspectos principais da adoção, inserir a criança ou adolescente em uma entidade familiar que possa além de transferir valores sociais acolhê-la e dar afeto. Assim sendo, a adoção protegerá sobretudo os direitos do adotando visando sempre o seu bem estar e o melhor interessa da criança e do adolescente conforme estabelece o ECA.

Diante disso, não há como se negar o caráter familiar das uniões homoafetivas, sedimentadas no afeto e na solidariedade recíproca, a união homoafetiva é entidade familiar e conta com especial proteção do Estado, a partir da concepção do caput do art. 226 da Constituição Federal. Em assim sendo, a entidade familiar homoafetiva construída a partir da adoção e da união estável por pessoas do mesmo sexo produzira efeitos comuns do Direito das Famílias, como o

direito de alimentos, o direito à herança e acréscimo de sobrenome e, por igual, a possibilidade de adoção, formalizando uma relação filiatória.⁴⁴

Infelizmente, grande parte da sociedade atual ainda vê a adoção por casais do mesmo sexo com muito preconceito, como se o fato de ser homossexual significasse algo anormal e inaceitável, influenciando negativamente para o desenvolvimento da personalidade da criança. Contudo, tal posicionalmente não adquire respaldo científico e tampouco legal. Paulo Lôbo explica:

Argumenta-se que a filiação adotiva deve imitar o padrão natural de família nuclear, com as figuras bem claras de pai e mãe, que seriam imprescindíveis para a formação da criança. Não há fundamentação científica para esse argumento, pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstraram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados.⁴⁵

Nesse sentido pode-se notar que não existem argumentos plausíveis que justifiquem o porquê da sociedade não aceitar a adoção por pares homoafetivos, sendo o preconceito o único fundamento encontrado para a inexplicável repugnância da sociedade pelo reconhecimento desta adoção.

Para tanto, a legislação é omissa em aceitar ou não a realização da adoção por esses casais, buscando-se nesse sentido a tutela jurisdicional dos Tribunais para que sejam vencidas as dificuldades, visando diminuir a polêmica. Portanto, mais uma vez, cumpre salientar que deve ser analisado a situação tendo como fundamento primordial o bem estar da criança.

A legislação apesar da omissão não trás impedimentos o Estatuto da Criança e do Adolescente aborda de forma genérica a colocação de criança ou adolescente na família substituta, não estabelecendo qualquer proibição quanto à adoção por homossexuais, e ainda, sem fazer qualquer referência sequer à orientação sexual do adotante. Para que haja o deferimento à adoção, deve-se apenas estar preenchidos os requisitos do artigo 39 e seguintes do ECA.

Assim sendo, a partir da apreciação dos dispositivos que perfazem o Estatuto é notável que não há vedação a adoção conjunta por casais que estabelecem uma união estável sem mencionar qualquer proibição em que pese ao sexo dos conviventes, e tanto o STJ quanto o STF reconhecem a união estável entre pessoas

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 976

⁴⁵ LOBO, Paulo, **Direito civil, Famílias**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285

do mesmo sexo como entidade familiar, não há mais argumentos para juridicamente se dizer que há possibilidade de adoção por casais homoafetivos sendo lícita tal prática.⁴⁶

Frente ao exposto, a adoção realizada por casais do mesmo sexo deve reger-se em conformidade com a adoção realizada por casais heterossexuais, não havendo nenhuma distinção em relação ao sexo, em virtude do princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, assegurando a proteção ao indivíduo em sua formação de convívio e formação de uma entidade familiar, independente de sua orientação sexual.

Assim sendo, importante se faz acrescentar o que dispõe a Carta Magna em seu texto constitucional, versando quanto ao princípio da igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).⁴⁷

A aplicação desse princípio não mensura a quem deve ser aplicado, sendo próprio a todos os seres humanos, independente de sua sexualidade. A concessão da adoção de menores a casais do mesmo sexo mediante julgamentos proferidos pelos Tribunais e a partir da construção de jurisprudências, aplicando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e igualdade reunindo as condições necessárias para atender aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto, vê-se, que a adoção de uma criança ou adolescente por um casal homoafetivo ou ainda uma pessoa homossexual não encontra nenhum obstáculo na legislação brasileira, ao passo que, a orientação sexual do adotante não é pressuposto para o deferimento ou indeferimento do pedido de adoção. E não o poderia ser diferente, uma vez que o indeferimento do pedido de adoção trazendo como fundamento a opção sexual do adotante materializa-se em uma discriminação vedada pela Constituição, tendo em vista a ofensa ao princípio da igualdade.⁴⁸

Por fim, torna-se indispensável necessidade de inserir na legislação a possibilidade de casais homoafetiva adotarem, sem que seja necessária a busca por

⁴⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches, **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069: artigo por artigo**, 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 212

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

⁴⁸ AIMBERE, Francisco Torres, **Adoção nas relações homoparentais**, São Paulo: Atlas, 2009, p 112

esta adoção apenas perante os Tribunais. E ainda, para que se evite a adoção individual de uma pessoa homossexual que constitui união estável com seu parceiro, uma vez que este ato pode ocasionar riscos aos menores adotados, visto que não possuirão direitos personalíssimos, como à sucessão ou à pensão previdenciária, sobrevivendo do companheiro que não adotou e que, igualmente, é considerado pai ou mãe.

Nesse diapasão Maria Berenice Dias esclarece quanto à necessidade da normatização e regularização desta adoção para garantir os direitos da criança e do adolescente conforme preceitua:

Há uma realidade da qual não se pode fugir. Crianças vivem com parceiros do mesmo sexo, quer por serem concebidas de forma assistida, quer por serem filhos de apenas um deles. Havendo a convivência familiar, a negativa da adoção veda a possibilidade do surgimento de um vínculo jurídico do filho com quem desempenha o papel de pai, o que, ao invés de benefícios, só acarreta-lhe prejuízos. Mesmo tendo dois pais ou duas mães, a vedação de cancelar dita situação impede, em caso de morte, a percepção de direitos sucessórios ou benefícios previdenciários. Se ocorrer a separação, não haverá direito a alimentos, não se podendo garantir sequer o direito de visitas.⁴⁹

3.2 Do preconceito

A excessiva oposição quanto ao deferimento da adoção para pares homoafetivos apenas deixa claro o lado mais forte que se vem levando em consideração, qual seja, o preconceito. Como as relações sociais no transcorrer da humanidade foram marcadas em grande parte pela heterossexualidade, há um enorme posicionamento, quanto aos que se mostram contrários ao deferimento da adoção, sob o argumento de que a ausência da figura de pai e mãe juntos poderia causar algum dano às crianças por falta de referências comportamentais de heterossexuais. Assim, é alegado que haveria a possibilidade de ocorrer sequelas de ordem psicológica ao adotado. Também há o mito de que os filhos de homossexuais teriam tendência de tornarem-se homossexuais⁵⁰. Dessa forma, verifica-se que a fundamentação para se negar a possibilidade da adoção para aquelas pessoas que vivem em união homoafetiva se baseia tão somente, ainda que de forma indireta, na discriminação diante de orientação sexual daquele que a

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 3

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice, **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**, 5. Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107

postula. Logo destituída de qualquer fundamentação legal ou científica⁵¹. Uma vez que, há estudos que demonstram e comprovam que as crianças adotadas por pares homoafetivos não demonstram nenhum comportamento homossexual, tampouco tornam-se homossexuais por terem pais homossexuais.

Diante disso, cumpre salientar que apesar da união homoafetiva ter sido reconhecida como entidade familiar, esses casais ainda encontram muitas dificuldades ao participarem do processo de adoção. Torpe seria acreditar que com o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a sociedade encararia este novo modelo de família de forma diferente, no entanto grande parte da sociedade ainda vê casais homossexuais como pessoas mal caráter, que jamais devem ter o direito a adotar e educar crianças reconhecido. Infelizmente, este pensamento ainda permeia a sociedade, ainda que em pleno século XXI e o mais preocupante é que muitas pessoas que são responsabilizadas a manusear o processo de adoção, como juízes, assistentes sociais, enfim, pessoas que exercem algum papel no deferimento ou indeferimento da adoção, nem sempre mostram-se imparciais e acabam dificultando o deferimento a adoção por esses casais, simplesmente por não concordarem com essa entidade familiar, deixando o preconceito ao família dos homossexuais em constituir família e sobretudo o direito ao bem estar da criança e do adolescente em fazer parte de uma entidade familiar.

Diante do exposto, o ECA estipula que a adoção devesse levar em consideração, sobretudo o direito da criança e do adolescente e principalmente as reais vantagens que a adoção apresentara para o adotando, ademais, não há fundamento que perfaça a nítida vantagem que o adotando terá em fazer parte de uma entidade familiar formada sobretudo pelo afeto e amor, a não ser o constante preconceito que insiste em fazer-se presente na sociedade.

3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme já explanada anteriormente, há princípios que devem ser observados ao deferir a adoção por pares homoafetivos, princípios constitucionais inerentes a todos, assim é o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III e no art. 226, §7º do texto constitucional. Ainda que tal princípio tenha o condão de princípio fundamental perante a Constituição, isto não é o que se vê

⁵¹ AIMBERE, Francisco Torres, **Adoção nas Relações Homoparentais**, São Paulo: Atlas, 2009, p.110

efetivamente em muitos casos, uma vez que nem sempre cumpre o papel de proporcionar a devida garantia e proteção que efetivamente deve proporcionar a todos sem nenhuma distinção. Assim sendo, Aimberi Francisco Torres explica:

Diante de tantas exclusões materializadas na sociedade brasileira, cuja característica marcante é a pluralidade, torna-se evidente que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana não passa de um sonho de uma tarde de verão, uma vez que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário ainda caminham a passos lentos no que se refere à efetivação dos direitos das minorias.⁵²

Diante disto, resta demonstrado a grande dificuldade que os homossexuais sempre enfrentaram para ter reconhecidos seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, ainda mais quando a efetividade desses direitos se relacionam às questões relativas ao reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos em adotar.⁵³

Luiz Roberto Barroso diz em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana que ele “está na origem dos direitos fundamentais, representando o núcleo essencial de cada um dos direitos individuais ou coletivos sendo, portanto o comando de todos os direitos fundamentais”⁵⁴

Dessa forma, devemos concluir que frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, este é atribuído a todos os seres humanos, independentemente da sexualidade, condição social, idade, cor, credo, ou qualquer outra distinção, assim sendo, a discriminação aos homossexuais, bem como o indeferimento a adoção levando como fundamento a sexualidade dos adotandos fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.4 Deferimento da adoção por pares homoafetivos através da Jurisprudência

Até pouco tempo quase não se pensava na viabilidade da adoção por pares homoafetivos visto que não era considerada entidade familiar a sua união civil, não havendo nem o reconhecimento desta união, tal ideia esta profundamente ligada ao fato de que durante muito tempo as pessoas homossexuais foram e são infelizmente alvo de vasta discriminação e rejeição social, contudo, esta realidade aos poucos esta se rompendo diante do amadurecimento da sociedade e do reconhecimentos

⁵² AIMBERE, Francisco Torres, **Adoção nas Relações Homoparentais**, São Paulo: Atlas, 2009, p.30

⁵³ Ibidem

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, P.251

dos direitos dos homossexuais que não deve ser desigual em decorrência de sua orientação sexual.

Alguns autores compreendem que, sendo o requerente homossexual, a adoção não pode ser deferida. No entanto, de modo geral, constata-se que os juristas admitem a inexistência de vedação legal para a adoção por pares homoafetivos e homossexuais, esclarecendo seu posicionamento contrário em questões relacionadas à moral e o que julgam ser melhor para o desenvolvimento psicológico do adotando. A esse respeito Maria Berenice Dias, explica sabiamente quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e o direito a adoção:

Ainda hoje, tais relacionamentos são tidos como uma afronta à moral e ao que considera 'bons costumes'. Essa visão conservadora e preconceituosa acaba inibindo o legislador de aprovar leis que possam ser consideradas fora dos padrões aceitos pela sociedade (...). É claro que essa omissão de lei tem um preço alto: alimenta a discriminação, o preconceito e termina até servindo como fundamento para legitimar os atos de violência de grupos homofóbicos (...). Mas o que considero mais cruel é negar aos homossexuais o direito de constituir uma família.⁵⁵

Dessa forma, a jurisprudência vem desempenhando função primordial no intuito de evoluir esta concepção, mediante posicionamentos que supram as lacunas presentes na lei, trazendo para discussão temas polêmicos como o que se trás no presente trabalho, com a finalidade de obter modificações quanto aos conceitos primitivos e preconceituosos presentes no entendimento de grande parte da população que tentam justificá-los afirmando ferir a moral e os costumes construídos a séculos.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Resp nº 889852/RS interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul afirmando que o deferimento a adoção contrariaria o que dispõe os artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e ainda de dissídio pretoriano. Requerendo ainda o provimento do recurso para definir a “união homossexual” apenas como sociedade de fato e por conseguinte, incidir a aplicação do artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção a adoção pleiteada⁵⁶. Ministério Público Federal apresentou parecer pugnando pelo não provimento do recurso, por

⁵⁵ Artigo de autoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, publicado na Revista Superinteressante, disponível à leitura em <http://super.abril.com.br/cotidiano/gay-tambem-cidadao-442093.shtml>. Acesso em 22 de outubro de 2014.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2011. Inteiro teor disponível à leitura <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/relatorio-e-voto-16839764> acessado em 22/10/2014.

inocorrência de ofensa aos arts. 1622 e 1723 do Código Civil, ao art. 1º da Lei 9.278/96 e ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, não sendo demonstrado o dissídio jurisprudencial apontado. Intolerável o argumento presente no Recurso Especial interposto alegando que nem a lei e nem a Constituição reconhecem as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Deste modo, alega o membro ministerial que aceitar que crianças e adolescentes tenham duas mães afrontaria o princípio da proteção integral.⁵⁷

Diante disso, segue ementa do julgamento realizado em 2010 pelo Superior Tribunal de Justiça.

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. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA).⁵⁸

O Ministro relator demonstrou em seu voto que o recurso especial do órgão ministerial não se aproximou do ponto real da questão, que é avisar o melhor interesse da criança e do adolescente, conforme disciplina o art. 42 do ECA, pautando-se apenas na situação das mães. Ressaltou ainda, o que havia sido proferido pelo Tribunal de origem, ao relatar que o Ministério Público, encarregado de proteger o direito da criança e do adolescente não o fez interpondo recurso para que não se reconhecesse a adoção que beneficiaria principalmente as crianças.⁵⁹

O relator ressalta a todo o momento a imprescindibilidade de observar que o que deve prevalecer deverá ser sempre os interesses dos menores sobre quaisquer outros, uma vez que o que se vislumbra no caso é o direito de filiação e conseqüentemente o direito sucessório que acarretam e refletem as mais distintas conseqüências por toda a vida de qualquer indivíduo.

Desse modo, a matéria relativa à adoção deve vincular-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos

⁵⁷DIAS, Maria Berenice, artigo disponível em:

http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_superior_interesse_reconhecido_por_um_tribunal_superior%281%29.pdf acesso em: 20 de outubro de 2014

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2011. Inteiro teor disponível à leitura <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/relatorio-e-voto-16839764> acessado em 22/10/2014

direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si ⁶⁰. Assim sendo, o Ministro relator encerrou seu voto, negando provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público e esclarecendo que:

De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores. ⁶¹

Por fim, cumpre salientar que a partir dos dizeres elencados no julgado do Recurso Especial nº 889852/RS relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão contraria as preconceituosas tentativas do legislador em proibir a adoção por homossexuais perdem significado.

Diante do exposto ao longo do trabalho, o papel da jurisprudência detém papel primordial na construção do novo, na viabilidade de reconhecimento de direito não pactuados ou omissos na legislação. No caso em tema, a jurisprudência demonstrou que o impedimento de casais homoafetivos a adotarem crianças ou adolescentes fere os direitos e princípios tanto dos homossexuais quanto das crianças e adolescentes.

Diante disto, cabe mencionar uma das primeiras decisões que concedeu a adoção conjunta a um casal homoafetivo, reconhecendo a união como entidade familiar em decorrência das características de afeto, duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família e dessa forma merecedora de integral proteção do Estado, abaixo ementa do julgado realizado em 2005 no Rio Grande do Sul na cidade de Bagé na AC nº 70013801592:

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

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

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/201. Inteiro teor disponível à leitura <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/relatorio-e-voto-16839764> acessado em 22/10/2014

⁶¹ Ibidem.

o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.
NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁶²

O recurso foi interposto pelo Ministério Público baseando-se na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas por não serem casadas ou mantiverem união estável sob o argumento do que dispõe os arts.226, parágrafo 3º, da Constituição Federal e artigo 1.723 do Código Civil, alegando que tais dispositivos deixam claro que o reconhecimento da união estável somente poderia ser constituído por pessoas de sexo diferente, no entanto, o Ministro relator dispôs que tais artigos não devem ser citados no àquele momento tendo em vista que aquele Tribunal já havia se posicionado quanto ao reconhecimento dos mesmos direitos da união estável homoafetiva equiparada a heteroafetiva. Dessa forma, o não reconhecimento da união estável homoafetiva era o principal empecilho alegado para que se concedesse a adoção a casais homoafetivos, agora, com o reconhecimento dessa união civil, não há que se falar em indeferimento da adoção em decorrência dos artigos supra citados e mais, não deve haver este indeferimento desde que estejam presentes todos os requisitos exigidos para adoção estipulados no Estatuto da Criança e do Adolescente em decorrência da efetivação dos princípios constitucionais que resguardam os direitos a todos em serem tratados de forma igual e humana, sem qualquer distinção em decorrência de opção sexual.

Assim sendo, a partir dos precedentes jurisprudenciais que estão se firmando favoravelmente ao deferimento da adoção homoafetiva, a justiça brasileira caminha para a solidificação dos avanços em matéria desta adoção.

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC Nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Rel. Luis Felipe Brasil Santos

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto e considerando o atual cenário da sociedade, imprescindível se faz concluir que não há dúvidas quanto a pluralidade em relação a formação das entidades familiares que em meio a todo o processo de construção histórica vem se modificando e modernizando, trazendo as mais diversas formas de construção de um ambiente familiar, formado sobretudo pelo afeto e amor independente de opção sexual, raça, cor, credo, nacionalidade. O que se buscou trazer ao longo deste estudo acadêmico foi a viabilidade dos pares homoafetivos constituírem uma família e realizar o sonho de ter filhos através da adoção.

Contudo é sabido que trazer este tema e discutir a cerca da possibilidade no deferimento da adoção homoafetivo, apesar de estarmos no século XXI, ainda gera polêmica em decorrência da grande massa conservadora da sociedade que se nega aceitar essa nova família, pautando-se no preconceito disfarçado pelas justificativas inaceitáveis e ignorantes que não detém qualquer fundamentação válida. Desse modo buscou-se inicialmente discorrer, mesmo que perfunctoriamente, a evolução da família até adentrarmos os dias atuais. Aqui, muito importante se faz salientar o que jamais havia se pensado em uma época em que as mulheres não eram consideradas sujeito de direitos, em que a submissão ao homem era reiterada, em uma época em que o poder familiar era exercido apenas pelo patriarca, os filhos gerados fora do casamento não eram reconhecidos, as famílias constituídas apenas pela mãe e os filhos ou apenas pelo pai e filhos, ou seja, as famílias intituladas monoparentais, não eram consideradas entidade familiar, e portanto, não detinha proteção do Estado. Nesse liame, todo esse cenário foi modificado no decorrer da história, através do amadurecimento da sociedade, da evolução legislativa, da necessidade de se enxergar que as mudanças acontecem e não deixarão de acontecer.

Assim sendo, a Constituição Federal no seu art. 2º e 3º determina que o Estado democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e o objetivo fundamental desta República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação ⁶³. Portanto, não há porquê insistir em distinguir as famílias heteroafetivas das famílias

⁶³ BRASIL. Constituição Federal(1988), artigo 2º e 3º

homoafetivas, de forma que tal exercício acarretará em discriminação, expressamente vedada pela Carta Magna e ainda pelo fato de que esta entidade familiar já foi reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 132, que reconheceu em decorrência do princípio da igualdade a garantia as uniões homoafetivas os mesmos direitos resguardados as uniões heteroafetivas, desse modo, não há explicações para que não se conceda a adoção, tendo em vista a garantia igualitária de direito.

Diante disto, a presente monografia buscou demonstrar que os Tribunais vem reconhecendo a adoção por pares homoafetivos em detrimento da necessidade de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e sobretudo do melhor interesse da criança e do adolescente, ponto principal para o deferimento da adoção por pares homoafetivos, além de demonstrar que não há nenhum impedimento na legislação em relação ao não deferimento da adoção em decorrência da opção sexual dos adotantes, sendo a falta de legislação que efetivamente viabilize a adoção para pares homoafetivos e o preconceito que norteia grande parte da sociedade.

Contudo, o que se mostra de inteira relevância para o direito, é a falta de norma que regulamente esta adoção, ou seja, a necessidade de se haver legislação que expressamente reconheça o direito dos casais homossexuais em constituir família, estando em pauta um bem maior, que é o aumento na possibilidade de inserir a crianças ou o adolescente em uma entidade familiar pautada no afeto, independente de orientação sexual e ainda, para que seja resguardado os direitos decorrentes da filiação aos menores.

Por todo o exposto, conclui-se que o indeferimento do pedido de adoção formulado por pares homoafetivos fere a todos os princípios constitucionais analisados no decorrer desta monografia. Constata-se ainda, que jurisprudência nacional vem adotando uma tendência ao reconhecimento deste direito aos pares homoafetivos, ainda que de forma lenta, possibilitando uma mudança no pensamento da sociedade e mesmo que lentamente o afastamento do preconceito que sofrem esses casais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIMBERE, Francisco Torres, **Adoção nas relações homoparentais**, São Paulo: Atlas, 2009
- Artigo de autoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, publicado na Revista Superinteressante, disponível à leitura em <http://super.abril.com.br/cotidiano/gay-tambem-cidadao-442093.shtml>
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009,
- BRASIL. Código Civil (1916).
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
- BRASIL. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990 que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 889852/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/201
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e a ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j.05.05.2011.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC Nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Rel. Luis Felipe Brasil Santos
- DIAS, Maria Berenice, artigo disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_superior_interesse_reconhecido_por_um_tribunal_superior%281%29.pdf
- DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direitos das Famílias**, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- DIAS, Maria Berenice, **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**, 5. Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,
- LOBO, Paulo, **Direito Civil, Famílias**, 4. Ed, São Paulo: Saraiva, 2010

- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**, In: DEI'OLMO. Florisbal de Souza; ARAUJO, Luis Ivani de Amorin, **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: Estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006,
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, Direito de família**. 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil, Direito de Família**, 28. Ed, v.6, São Paulo: Saraiva, 2004
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches, **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069: artigo por artigo**, 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011,
- VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil: Direito de Família**, 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013
- VENOSA, Sílvio de Salvo, **Introdução ao Direito de Família**, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010,
- VIANA, Marco Aurélio Silva, **Da guarda, da tutela, da adoção**, Belo Horizonte: Del Rey, 1993
- WALD, Arnaldo Wald; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa, **Direito Civil, Direito de Família**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3
- WALD, Arnaldo, **O novo Direito de Família**, 14. Ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9