

ADOÇÃO HOMOAfetiva: LIMITES E POSSIBILIDADES JURÍDICAS¹

Indianara Silva de Oliveira²
Lívia Melo do Nascimento³

RESUMO

As relações homoafetivas e, em especial, a adoção por casais homoafetivos são alvo de inúmeros preconceitos e resistências, principalmente, por parte de grupos religiosos. É sabido que este tipo de relação sempre existiu e que durante certo período na História ela foi perfeitamente aceitável. No entanto, essa visão se inverteu com o advento do Cristianismo. As relações homossexuais são marginalizadas pela sociedade, de maneira geral, cabendo-nos refletir sobre esta realidade. Embora não haja na Lei de adoção nenhum fator impeditivo relativo à orientação sexual do adotante, observa-se, na prática, uma tendência a vedar a adoção por pessoas homossexuais o que termina por violar o respeito à dignidade e à igualdade. E quando se reporta a adoção por casais homoafetivos, surgem diversos conceitos equivocados e moralizantes. Com isso, objetiva-se analisar os limites e possibilidades jurídicas para a adoção por casais homoafetivos, construindo um breve histórico das relações homossexuais, contextualizando a adoção e verificar a posição dos tribunais frente ao tema. Para tanto, buscou-se obter os instrumentos para a coleta de dados por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dialético.

Palavras-chave: Relação homoafetiva. Adoção. Possibilidade jurídica.

ABSTRACT

Homoafetivas relations and in particular the adoption by homosexual couples are the target of many prejudices and resistances, especially by religious groups. It is known that this relationship has always existed and that during a certain period in history it was perfectly acceptable. However, this view is reversed with the advent of Christianity. Homosexual relations are marginalized by society in general, leaving us to reflect on this reality. Although there is no adoption of the law impediment on sexual orientation of the adopter, is observed in practice, a tendency to prohibit adoptions by gay people for violating the ending respect for the dignity and equality. And when it relates to adoption by homosexual couples, there are many misconceptions and moralizing. Therefore, the aim is to analyze the limits and possibilities for legal adoption by homosexual couples, constructing a brief history of gay relationships, presenting the adoption and check the position of the courts in the matter. To this end, we attempted to get the instruments for collecting data through literature search, using the dialectical method.

Keywords: Relation homoafetiva. Adoption. Legal possibility.

¹ Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** da FARN

² Enfermeira, Acadêmica do Curso de Direito da FARN.

³ Prof. Mestra do curso de graduação de direito da FARN.

1 INTRODUÇÃO

As relações homoafetivas são alvos de inúmeras resistências que se estendem com maior intensidade no que diz respeito à possibilidade de os homossexuais ou parceiros do mesmo sexo habilitarem-se para a adoção.

Diversos equívocos permeiam a adoção homoafetiva, a exemplo da crença de que a falta de referências ou modelo de gênero masculino e feminino venha, de certa forma, tornar confusa a própria identidade sexual do adotado, exercendo, assim, a influência sobre sua sexualidade. Outro fator que causa apreensão é a iminente possibilidade deste adotado vir a ser alvo de repúdio no meio em que frequenta.

O que ocorre é que as relações homossexuais estão cada vez mais difundidas na sociedade mundial, não sendo diferente em nossa sociedade, o que torna este tema bastante relevante diante desta nova conjuntura. Os homossexuais vêm conquistando espaços cada vez mais importantes do ponto de vista de seu reconhecimento social e aceitação, inclusive jurídica.

Em decisão recente e histórica, no dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu direitos ao casal homossexual, equiparando a relação homoafetiva à união estável. Tal decisão foi permeada por polêmicas diante da resistência por entidades religiosas.

O que se sabe é que não há qualquer tipo de restrição legal à adoção no que diz respeito à orientação sexual do adotante, principalmente, porque, assim sendo, violaria o respeito à dignidade e à igualdade, entre outros direitos fundamentais. Mas, deve-se atentar para o fato de que, embora seja garantido esse direito individualmente, do ponto de vista do adotado gera uma situação injusta a vedação da adoção pelos parceiros homoafetivos, visto que este adotado só poderá buscar seus eventuais direitos em relação a um destes, causando inegável prejuízo, por não gerar direito àquele que também figura nas relações familiares, mas que não é o adotante.

No decorrer da história, assistiu-se às diversas mudanças no âmbito familiar. Viu-se serem formadas famílias monoparentais, constituídas pela mãe ou pai e seus filhos, famílias “recasadas”, em que os membros são provenientes de outros casamentos, e as famílias homossexuais, sendo descabida a ideia de que o ambiente familiar para ser saudável depende essencialmente da orientação sexual de seus membros.

Silva Júnior (2010) defende a ideia do afeto e do cuidado como valores jurídicos, enfatizando o afeto como importante diferenciador das relações familiares cuja valorização

jurídica é consequência da aproximação do sistema jurídico familiar. Com isso, ele visualiza que:

(...) a sociedade vem tomando, progressivamente, consciência de que os agrupamentos familiares são muito mais realidades psíquico-culturais de afeto do que, simplesmente biológicas (...). O paradigma, pois, do afeto prepondera, gradualmente, sobre o olhar familiar estreitando os laços de sangue (SILVA JÚNIOR, p.199).

O tema mostra-se de fundamental importância, não porque se pretenda, e esta não é a intenção, levantar a “bandeira da homossexualidade”, mas por levantar a discussão dos estudiosos do direito acerca dos estigmas sociais que acabam por violar a cidadania e, sobretudo, dos reflexos desses conceitos de ordem moral.

O tipo de pesquisa abordado foi a bibliográfica, utilizando-se além da doutrina e da legislação, jurisprudências sobre o assunto como instrumentos para a coleta de dados, além da utilização de recursos da internet, uma vez que, objetivou-se verificar os limites e possibilidades da adoção por casais homoafetivos sob o ponto de vista jurídico, além de, conhecer o posicionamento dos tribunais frente ao tema abordado.

Assim, diante desta realidade, é imprescindível a discussão acerca da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos; do preconceito e discriminação frequentemente mascarados pela preocupação com a inserção social destas crianças adotadas por estes casais e das possibilidades jurídicas desta adoção e seus reflexos, visando sempre o melhor interesse para o menor.

2 ADOÇÃO

2.1 ORIGEM E CONCEITO

De acordo com Coulanges (2006), a adoção surgiu como forma de perpetuação do culto familiar, ou seja, surgiu com forma de garantir o culto à memória dos ancestrais e, conseqüentemente, a não extinção da família. Para tanto, se exigia que o adotado fosse conhecedor dos rituais religiosos.

Por ser detectado em quase todas as sociedades desde as mais antigas até as mais atuais, o instituto da adoção constitui-se como um dos institutos mais antigos do Direito.

Todavia, somente no Direito Romano a adoção encontrou disciplinamento, caindo em desuso na Idade Média, por ser ignorada pelo Direito Canônico.

Cumprе ressaltar, segundo Gonçalves (2010), que o Direito Canônico defendia a família cristã fundada por meio do matrimônio e a adoção, assim, tornou-se incompatível com algumas leis fundamentais aos interesses dos senhores feudais.

Dessa forma, a adoção permaneceu inadequada até a Modernidade quando foi regulada por algumas legislações entre as quais se destaca o Código Prussiano de 1751. Tal codificação exerceu influência sobre o Código de Napoleão que, por seu turno, influenciou ordenamentos posteriores em diversas partes do mundo (SILVA JÚNIOR, 2010).

Conforme Gonçalves (2010), no Brasil, com o Código Civil de 1916, a adoção foi disciplinada com base nos princípios romanos como instituto que proporcionava a perpetuidade da família, voltado, assim, a atender ao interesse do casal sem filhos, estabelecendo-se claras diferenças entre filhos adotivos e naturais, em especial quanto ao direito de herança. Tal conjuntura revela uma sociedade potencialmente discriminatória pautada pela concentração de renda e pela exclusão social.

Posteriormente, com a grande problemática do menor desassistido e da paternidade irresponsável, a adoção adquiriu um caráter filantrópico, tornando-se um poderoso instrumento de colocação do menor em família substituta. No entanto, o Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.1979), vigente na época, ainda não permitia a equiparação entre filhos adotivos e legítimos, somente sendo possível tal equiparação com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Destaca-se, então, o artigo 227, § 6º da CF/88 (BRASIL, 1988) ao preconizar que “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”, integrando, assim, totalmente o adotado à nova família.

Tal integração também foi ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13.7.1990, pondo fim a este tipo de discriminação, conferindo ao adotado a completa integração à família substituta, rompendo por completo os vínculos existentes entre adotado e sua família biológica e garantindo-lhe os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios. A exceção a essa ruptura familiar faz-se quanto aos impedimentos matrimoniais para que não se permitam práticas ofensivas à moral, aos bons costumes e à ordem pública.

Com a ampliação constitucional, observa-se a permissão para a constituição de diferentes formas de vínculo familiar, fixando-se o dever de um tratamento isonômico.

O interesse do menor passou a ser diretriz dominante e é sob esta face que devem ser analisados todos e quaisquer casos de adoção de crianças e adolescentes. Com isso, infere-se que, embora um casal preencha todos os requisitos legais para a adoção, poderá ter seu pedido indeferido pelo magistrado por não vislumbrar o atendimento aos interesses do menor, pois o ECA preconiza em seu artigo 43 que a “adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 2010, p. 908).

Ainda destaca-se no ECA a previsão e possibilidade do adotado, após completar 18 (dezoito) anos, conhecer sua origem biológica, bem como ter acesso irrestrito ao processo que deu causa à medida. Podendo também este acesso ser deferido aos menores de 18 (dezoito) anos desde que assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica (BRASIL, 2010).

Com a CF/88, a adoção passou a ser constituída somente por sentença judicial, dependendo da assistência efetiva do poder público, sendo condição prevista tanto no artigo 47 do ECA quanto no artigo 1.619 do Código Civil de 2002 (CC/ 2002), estando proibida a adoção a termo ou sob qualquer tipo de condição.

Diniz (2005, p. 484) conceitua a adoção como:

Ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente, de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha.

A adoção, no sentido mais natural da palavra, visa a dar um lar à criança ou ao adolescente abandonado, desprovido da convivência familiar em face de várias circunstâncias, como, por exemplo: a pobreza decorrente de desarranjos sociais, o abandono dos pais biológicos e maus tratos. Deve, portanto, ser vista e incentivada pela lei como sinônimo de amor, de afetividade, visando satisfazer o menor no que diz respeito às suas necessidades materiais, afetivas e sociais de que um ser humano precisa para se desenvolver harmonicamente.

A adoção de crianças e adolescentes sofreu algumas mudanças com a Lei 12.010, de 3.8.2009. Conhecida como a nova lei de adoção e preconizando que a adoção de menores deve ser regulamentada somente pelo ECA, esta nova lei surgiu diante da necessidade de acompanhar-se a evolução da sociedade, adequando a matéria às jurisprudências e procurando

sanar algumas polêmicas. No entanto, embora estivesse contemplada no projeto original (PL 1.756/2003), de acordo com Gonçalves (2010, p. 368) foi “suprimido do projeto o artigo que permitia a adoção de crianças e adolescentes por casal formado por pessoas do mesmo sexo, ou seja, a adoção homoparental”, ficando, a nova lei, omissa quanto à possibilidade de adoção por casais homoafetivos, a qual vem a ser o cerne deste trabalho e que será discutido mais adiante.

2.2 REQUISITOS PARA A ADOÇÃO DE ACORDO COM O ECA, A LEI 12.010 DE 3.8.2010 E O CC/02

O Código Civil de 2002, quando promulgado, não revogou as disposições do ECA sobre a adoção de crianças e adolescentes, uma vez que o referido estatuto trata-se de lei especial. Assim, o instituto da adoção tem por base os dois diplomas legais, sendo a adoção de menores norteadada primordialmente pelo ECA .

A Lei 12.010/09 trouxe modificações dispostas também a esclarecer possíveis dúvidas quanto à aplicação dos referidos diplomas, em especial, determinando o deferimento da adoção de crianças e adolescentes tomando por base o ECA, alterando a redação do artigo 1.618 do CC/02 para a seguinte forma: “A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei 8.069, de 13.7.1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 2010). No mesmo sentido, alterou também a redação do artigo 1.619 do CC/02, a saber, “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 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 2010).

O princípio da proteção integral alcançou especial destaque com o advento do ECA. O afeto juntamente com o companheirismo, o dever de igualdade em relação ao filho e a estabilidade familiar passaram a constituir as bases que delimitam a adoção.

Com a Lei 12.010/09, aumentou-se a exigência no processamento da adoção, enfatizando a importância de manter-se a criança ou adolescente, sempre que possível, na sua família biológica ou extensa. Com isso, a ideia é de manter-se o menor no seio familiar, reintegrando-o à sua família. Isso confere à adoção um caráter de excepcionalidade, reforçada pela redação do § 1º do art. 39 do ECA “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa, [...]” (BRASIL, 2010, p. 908).

De acordo com o art. 25, parágrafo único, do ECA “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (BRASIL, 2010, p. 906).

Com isso, vê-se que o afeto e afinidade encontram destaque na nova lei. As mudanças trazidas pela lei de adoção, não obstante tenha aumentado a exigência do procedimento, visam a agilizar a adoção de menores, reduzindo o tempo de estadia em instituições de acolhimento além de possibilitar o seu rápido retorno à família, quando for o caso.

Gonçalves (2010) elenca como principais requisitos para a adoção, exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

- idade mínima de 18 (dezoito) anos para o adotante (art. 42, *caput*);
- diferença de 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotado (art. 42, §3º);
- consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar (art.45);
- concordância do adotando, se contar com mais de 12 (doze) anos (art. 28, §2º);
- processo judicial (art. 47, *caput*);
- efetivo benefício para o adotando (art.43).

Importa destacar que a adoção é ato pessoal e, portanto, não é permitido que o ato se realize por procuração. O art. 29 do ECA (BRASIL, 2010) explicita que deve ser indeferida a colocação em família substituta a qualquer pessoa que não satisfaça os requisitos e que revele qualquer incompatibilidade com a natureza do instituto.

Por se tratar de ato jurídico, a adoção exige que a pessoa seja capaz. No que se refere à adoção por homossexual, individualmente, não há qualquer tipo de proibição legal expressa, bastando apenas que a pessoa satisfaça as condições previstas em lei. O próprio ECA em seu artigo 42, *caput*, dispõe que “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos independentemente do estado civil” (BRASIL, 2010, p. 908). E este é o entendimento de diversos tribunais no país, a exemplo do Tribunal do Rio de Janeiro que já decidiu:

A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. (RIO DE JANEIRO, 1999).

Outro ponto que se destaca entre os requisitos é o de que se deve levar em consideração a opinião da criança a respeito da adoção, que deverá ser examinada não só pelo magistrado, mas também por uma equipe multiprofissional, tendo como limitação o seu próprio desenvolvimento psicossocial, ou seja, a sua capacidade de compreensão acerca das implicações da medida. Daí porque foi estipulada a idade de 12 (doze) anos para que o adotando possa expressar sua vontade acerca da adoção, conforme observa-se no art. 45, § 2º do ECA “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento” (BRASIL, 2010, p. 908).

A concessão de adoção por pessoa homossexual, muitas vezes, ficava condicionada e limitada à tal requisito, idade mínima de 12 (doze) anos do adotando, vez que este, no processo de adoção poderia expressar a sua vontade concordando ou não com a medida a ser tomada. Melhor dizendo, aos homossexuais só ficava reservado o direito de pleitear a adoção de crianças com idade mínima de 12 (doze) anos, fato que se revela como uma medida descabida por restringir o direito de igualdade e dignidade, além do que do ponto de vista para a criança, é mais fácil ela crescer aceitando os seus adotantes com todas as suas peculiaridades, do que ser inserida em uma família homoafetiva, estando já imbuída de preconceito.

O ECA destaca a necessidade de estágio de convivência entre adotante(s) e adotando de forma que possibilite a aproximação afetiva, a verificação da adequação da ambiência familiar e da confirmação do desejo da adoção, visto ter esta caráter irrevogável. Tal estágio só será desnecessário caso o adotando já se encontre sob tutela, ou guarda legal, do adotante em tempo suficiente para a formação do vínculo afetivo.

Se o adotando ainda estiver sob a proteção dos pais biológicos, torna-se indispensável o consentimento deste, salvo se pais desconhecidos ou de cuja tutela tenham sido destituídos, conforme se observa no artigo 45, *caput* e § 1º do ECA:

Art. 45 – A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (BRASIL, 2010, p. 908).

Quanto à colocação em família substituta o ECA preconiza:

Art. 165 – São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

I – qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;

II- indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;

III- qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV- indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;

V- declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

Parágrafo único – Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos (BRASIL, 2010, p. 923).

Em relação aos requisitos essenciais para a adoção conjunta, cumpre ressaltar que o ECA em seu artigo 42, § 2º dispõe que “para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável comprovada a estabilidade familiar” (BRASIL, 2010, p. 908). Do mesmo modo, o CC/02 em seu artigo 1.622, *caput*, dispunha que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, tendo este artigo sido revogado pela nova lei de adoção. Na adoção, ou se adota sozinho, individualmente, ou a adoção ocorre pelo casal. Quanto a esta última opção, conforme o artigo do ECA supracitado, a adoção só é permitida por casal legalmente constituído ou que esteja em união estável. Leia-se casal, de acordo com nossa legislação, aquele formado pela união entre homem e mulher. Com a decisão do STF, ao julgar as ações propostas pela Procuradoria Geral da República (PGR) e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, respectivamente, reconhecendo direitos aos casais homoafetivos, estendeu-se o conceito de casal para aquele formado por duas pessoas, independentemente do sexo. O STF em sua decisão reconhece os mesmos direitos dos casais heterossexuais em união estável aos casais homossexuais.

Como se observa no ECA, assim como era no CC/02, a exigência que se faz para a adoção por pares é a de que os adotantes sejam casados ou estejam em união estável, fato que serve de argumento para aqueles que negam a adoção por pares homoafetivos. Tal argumento perde fundamento com a histórica decisão do Supremo.

2.3 BENEFÍCIOS DA ADOÇÃO PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

A adoção apresenta como princípio basilar o melhor interesse para a criança e o adolescente, conforme ressalta o artigo 100, IV do ECA (BRASIL, 2010). Além deste princípio merece destaque o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Segundo Silva Júnior (2010, p.109):

A adoção cumpre uma função social hodierna considerável; deve ser compreendida para além da herança preconceituosa [que sempre a permeou] e necessita, pois, ser contextualizada, com a preponderância valorativo-jurídica do afeto e com os princípios constitucionais norteadores do moderno Direito das Famílias (...).

O artigo 5º da CF/88 expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Neste sentido, deve-se buscar tanto a igualdade formal, ou seja, igualdade perante a norma jurídica, ressaltada pelo uso da expressão “perante a lei” no referido artigo, mas, sobretudo a igualdade material, que de acordo com Cunha Júnior (2008, p. 636), é a igualdade diante da “oportunidade de acesso aos bens da vida”. Com isso, conforme preleciona Bulos (2008, p. 422), “igualdade material é a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática”. Deste modo, o princípio da isonomia proíbe qualquer tipo de tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual aos desiguais. Por este âmbito, a adoção surge como forma de reduzir as desigualdades sociais na medida em que oferece condições e oportunidades aos menores desamparados para desenvolverem suas potencialidades, ou seja, oferece uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos que não sofreram a mesma espécie de restrição.

A dignidade da pessoa humana, embora difícil de ser conceituada, pois difere de pessoa para pessoa, por se tratar de valores intrínsecos, diz respeito a um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam ao ser humano condições mínimas para um desenvolvimento saudável livre de todo e qualquer ato degradante e/ou desumano, devendo ser integralmente respeitado. Para Nunes (2010, p. 62), “o principal direito constitucional garantido é o da dignidade da pessoa humana”. Para ele, a isonomia gera um equilíbrio real, com o objetivo de concretizar o direito à dignidade, sendo a primeira garantia das pessoas, cuja violação é visível, quando acontece.

Os direitos fundamentais de que gozam as crianças e adolescentes são norteados pelo princípio da prioridade absoluta, em consonância com o que dispõe tanto a CF/88 em seu artigo 227, quanto o ECA em seu artigo 4º, devendo ser assegurados pelo Estado, buscando-se a sua proteção e satisfação.

Algumas crianças crescem sofrendo as mais variadas restrições aos seus direitos fundamentais. É inegável a difícil situação em que se encontram as crianças e adolescentes no Brasil que anseiam por um lar, por afeto e pela possibilidade de serem registradas legalmente.

Muitos, é sabido, atingem a maioridade civil sem sequer ter-lhes sido concedido o direito ao convívio familiar e ao desenvolvimento psicossocial e afetivo saudáveis. Cada ano que passa, estes menores veem o sonho de serem adotados mais distante, dada a preferência dos casais por adotar crianças menores e de pele clara, condições estas, que muitos, em sua grande maioria, não preenchem.

A nova lei de adoção passou a tratar do tempo em que estas crianças devem permanecer em abrigos à espera de serem adotadas, inserindo tal dispositivo no artigo 19, § 2º do ECA, de modo a reduzir este tempo a um período não superior a 2 (dois) anos, objetivando dar maior rapidez aos processos de adoção, aumentando, assim, as chances de inclusão no seio familiar (BRASIL, 2010).

A adoção aumenta as possibilidades para que se garantam a estes menores o restabelecimento da sua dignidade. Importante reforçar que o instituto da adoção trata-se de medida excepcional, drástica, só devendo-se a ela recorrer quando não for possível a recolocação do menor na sua família, pois a lei prioriza a manutenção do vínculo afetivo, devendo-se garantir apoio psicológico e social à família para manutenção do menor no seio desta. Para tanto, a nova lei de adoção amplia, conforme já se afirmou, o conceito de família, que passa, neste caso a ser denominada de família estendida, quando o menor é colocado sob a responsabilidade de parentes pelo critério da afetividade.

Os principais efeitos e benefícios da adoção, além da afetividade que é a base para um desenvolvimento psíquico saudável, são de ordem pessoal e patrimonial.

Os efeitos de ordem pessoal giram em torno do parentesco, do poder familiar e do nome, segundo Gonçalves (2010). Em relação ao parentesco, preconiza o ECA em seu artigo 41, *caput*: “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” (BRASIL, 2010, p.908). Efeito este já comentado anteriormente.

Quanto ao poder familiar, o filho adotivo é equiparado ao consanguíneo em todos os aspectos, cessando o vínculo com os pais biológicos, atribuindo a situação de filho ao adotado em relação ao adotante.

No que diz respeito ao nome, o artigo 47, §5º do ECA dispõe: “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a

modificação do prenome” (BRASIL, 2010, p. 908). Ressalta-se que o sobrenome dos pais adotantes configura-se um direito do adotado, principalmente, quando da existência de outros filhos biológicos ou adotados dos pais adotantes, de modo que não se configure nenhum tipo de discriminação.

Ainda de acordo com Gonçalves (2010), os efeitos de ordem patrimonial giram em torno dos alimentos que passam a ser devidos reciprocamente diante do grau de parentesco formado. Quanto aos direitos sucessórios, também o filho adotivo passa a concorrer em igualdade de condições com os filhos consanguíneos. Ressalta-se que o adotado gozará de todos os benefícios da adoção como também estará suscetível a todas as situações peculiares que são impostas aos filhos consanguíneos em caso de falta grave como, por exemplo, a deserção nos casos legalmente previstos. Reforça-se que, os direitos sucessórios aplicar-se-ão aos filhos adotados por casais homoafetivos e a adoção pelo casal é, conforme Dias (2011, p. 86) “a única forma de atender ao melhor interesse da criança [...]. Deferir a adoção a somente um deles acabava excluindo o direito do filho com relação a ambos os pais. [...] Via de consequência, ficava aliado também dos direitos sucessórios”.

3 POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

3.1 ASPECTOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS

Muitos tabus existem quanto à adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. A omissão legislativa se configura como uma das causas contribuintes para essa rejeição, uma vez que, ela não veda, mas também não se expressa a respeito. Diante disto, os aspectos sociais, morais e psicológicos da criação de crianças e adolescentes por casais homoafetivos constituem-se em argumentos-chaves em desfavor deste tipo de adoção e que foram utilizados por muitos magistrados ou membros do Ministério Público que se mostravam contra a adoção homoafetiva, como observa-se abaixo o posicionamento do Ministério Público frente ao tema:

[...] Inconformada com a decisão recorre a ilustre representante ministerial, Dra. Marília Vieira Frederico, aduzindo que, por se tratar de pedido de adoção feito por homossexual, deve ser deferida apenas para adoção de pessoas com 12 anos de idade ou mais, porque estas têm condições de opinar se querem participar de uma família homoafetiva ou não, haja vista não se tratar de modelo familiar tradicional, motivo que poderá levar a criança a discriminação no meio social. [...] (PARANÁ, 2011).

Tal posicionamento do Ministério Público era justificado em virtude da possibilidade da homossexualidade do adotante vir a ser objeto de rejeição social do adotado e, por isto, buscava restringir a adoção por pares homoafetivos à crianças maiores de doze anos de idade, já que seria permitido que estas pudessem exprimir a sua vontade em aceitar, ou não, ser adotado por homossexual, conforme mencionado anteriormente.

A opinião leiga sobre o assunto revela a “possibilidade de a orientação afetivo-sexual dos pais interferir no desenvolvimento da afetividade dos filhos, como se, pela convivência, esses estivessem propensos a se tornarem, também, homossexuais” (SILVA JÚNIOR, 2010, p.121).

Também se atribuem possíveis prejuízos advindos da falta de referenciais paterno e materno na educação da criança e do adolescente, sem falar do preconceito a que estaria submetido este adotando, podendo, isto, refletir sobre sua estrutura psicológica, conforme menciona o mesmo autor.

Outro empecilho colocado à adoção homoafetiva é o de que, esta, poderia ocasionar distúrbios psicológicos às crianças, conforme preleciona Brito (2000, p. 13) sustentando seu entendimento contrário à adoção por pares afetivos também no que diz respeito ao preconceito social:

No caso de dois homossexuais que vivam juntos, muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotado teria um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe, além de problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros, acarretando um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar.

Não há porque negar a adoção à casal homoafetivo que se proponha a construir um lar ao adotado, mesmo porque ainda que o adotante mantenha sua vida sexual separada do ambiente no qual vive com o adotado, sua vida sexual configura-se como exercício de seu direito à intimidade e não impede, de maneira alguma, a adoção, conforme preleciona Biagione (2005).

Segundo o art. 29 do ECA “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado” (BRASIL, 2010, p. 907). Este artigo, em hipótese alguma deverá ser utilizado em desfavor à adoção homoafetiva, vez que, a distinção em relação ao casal heterossexual reside, tão somente, na igualdade de sexos do casal homoafetivo, não tendo

base nenhuma o argumento de que ocasionaria malefícios ao menor pura e simplesmente por esta diferença.

A lei ao falar de “incompatibilidade com a natureza da medida” revela que será indeferida a adoção para aquele em que se comprovarem atitudes que inviabilizem a concessão da medida, ou seja, qualquer comportamento desregrado. O comportamento incompatível não possui correlação com a opção sexual do adotante, podendo este possuir atitudes tão condizentes com a sociedade quanto qualquer heterossexual.

Neste mesmo sentido entende o TJ/RJ: “a afirmação de homossexualidade do adotante [...] não pode servir de empecilho à adoção do menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado [...]” (RIO DE JANEIRO, 1999).

Ainda não será concedida a adoção àquele que não proporcionar um “ambiente familiar adequado”. Para Silva (1995), o ambiente familiar adequado é aquele ambiente moralmente sadio, no qual convivam pessoas comprometidas com a finalidade de educar o menor de acordo com a moral e os bons costumes. Como se observa, o que o artigo 29 do ECA preconiza em nada exclui as relações homoafetivas, devendo-se exigir os mesmos requisitos a todos indistintamente.

As relações homossexuais assemelham-se às heterossexuais no que tange ao respeito mútuo e à efetividade. Assim, a relação homoafetiva, por si só, não pode se constituir em requisito que revele incompatibilidade com a adoção nem tampouco configurar ambiente familiar inadequado.

Sharp (apud CHAVES, 2006), terapeuta e escritora, comenta que a perversão existe, independentemente da pessoa ser homo ou heterossexual. Devendo, tanto uma quanto a outra, ser investigada se pretende adotar.

Dias (2005), rebate as alegações contrárias à adoção por pares homoafetivos, principalmente as fundadas no princípio do melhor interesse para a criança, citando um estudo realizado na Califórnia com esse novos modelos de família ditos não convencionais no qual destaca: “nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras e os meninos são tão masculinos quanto os demais”. E ainda destaca a conclusão do estudo: “a criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a um desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui um fator de risco psiquiátrico”. Cumpre ressaltar que a CF/88 reconhece, expressamente, como entidade familiar, conforme estabelecido em seu art. 226, §§ 3º e 4º, além daquela formada pelo

marido e mulher, a união estável e a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, configurando-se, estes arranjos, modelos convencionais de família. Para Dias (2011, p. 83), “apesar da omissão da Constituição de referir-se às uniões homoafetivas, não há como deixá-las de fora do atual conceito de família”. Fato reafirmado pelo Ministro Marco Aurélio ao votar a ADI 4277 e ADPF 132, quanto ao reconhecimento de direitos aos homossexuais:

se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes (...) então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal (BRASIL, 2011).

Segundo Silva Júnior (2010, p. 140),

o sucesso de uma criança/adolescente, no seio de uma família homoafetiva [e, outrossim, heterossexual], dependerá do rigor na análise do ambiente no qual o adotando poderá ser educado e, em especial, da interpretação precisa e personalizada de cada pretensão, pela equipe multidisciplinar, pelo(a) magistrado(a) e pelo(a) promotor(a) de Justiça, com isenção de quaisquer preconceitos e primando pelo superior interesse do(s) adotando(s).

Ressalta-se, aqui, a importância dos pareceres da equipe multiprofissional no processo de adoção pelo seu posicionamento sobre a família substituta. No que tange à adoção homoafetiva, esta equipe deve estar sensível aos direitos homoafetivos e, mais que tudo, despida de preconceitos que impeçam uma análise imparcial de cada caso. Estende-se o mesmo entendimento aos juízes e promotores, que de tal modo, devem estar sensíveis à causa, garantindo o livre exercício da cidadania para os homossexuais e, em especial, para as crianças e adolescentes.

Assim, não se pode exigir da família homoafetiva além do que é exigido à família heterossexual. Deve-se analisar de maneira igualitária se os casais preenchem os requisitos para a adoção, indistintamente.

3.2 ASPECTOS RELIGIOSOS

É sabido que a sociedade brasileira, de maneira geral, foi construída sobre os fortes pilares da religião cristã. Conforme já comentado anteriormente, a família foi construída com

caráter unicamente matrimonial, com o objetivo primordial de procriação. Para a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (2011), família é o “âmbito adequado para a plena realização humana, o desenvolvimento de diversas gerações [...]”. Hoje com a evolução de nossa sociedade, não mais se observa unicamente este modelo de família, que ainda é defendido como único pelas religiões de um modo geral, dada a existência de uma pluralidade de arranjos familiares, entre eles, o das famílias homossexuais. A sociedade encontra-se em constante mudança, seus conceitos constroem-se e alteram-se ao longo dos anos, o mesmo sendo observado com o conceito de adoção que deve acompanhar a evolução da sociedade de modo a tornar-se mais eficaz. O conceito jurídico de família, portanto, difere do conceito religioso de família que não acompanha, necessariamente, as mutações sociais.

Segundo Toni (2008), as dificuldades encontradas por alguns legisladores, magistrados e pela sociedade em tratar de assuntos relativos à homossexualidade estão pautadas por influência da igreja católica e demais religiões, que ao longo dos anos proibiu esse tipo de orientação sexual, impedindo que temas do tipo fossem regulamentados por lei, e assim, garantisse a segurança jurídica e a isonomia prevista pela Constituição.

Importante ressaltar o posicionamento da CNBB quanto à decisão do STF em reconhecer a união homoafetiva dando-lhe os mesmos direitos dos casais heterossexuais. Em nota oficial publicada no site da CNBB em 11 de maio do corrente ano, Dom Geraldo Lyrio Rocha, presidente da CNBB posiciona-se quanto ao fato:

As uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo recebem agora em nosso País reconhecimento do Estado. Tais uniões não podem ser equiparadas à família, que se fundamenta no consentimento matrimonial, na complementaridade e na reciprocidade entre um homem e uma mulher, abertos à procriação e educação dos filhos. Equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à família descaracteriza a sua identidade e ameaça a estabilidade da mesma. (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 2011).

Ainda na mesma nota, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (2011) por meio de seu presidente enfatiza a não discriminação e o respeito aos homossexuais, quando diz que “As pessoas que sentem atração sexual exclusiva ou predominante pelo mesmo sexo são merecedoras de respeito e consideração. Repudiamos todo tipo de discriminação e violência que fere sua dignidade de pessoa humana”.

Questiona ainda, a competência do STF ao decidir sobre o assunto ao afirmar que “é atribuição do Congresso Nacional propor e votar leis, cabendo ao Governo garanti-las.(...) Preocupa-nos ver os poderes constituídos ultrapassarem os limites de sua competência”.

A decisão do STF em relação aos direitos homoafetivos é uma resposta à omissão legislativa quanto ao assunto. O Direito deve acompanhar a sociedade. Como ambos seguem em velocidades diversas, pois os fatos sociais, segundo Nader (2007, p. 20) “ocorrem dentro de uma variação quase infinita”, torna-se impossível o legislador prever todas as situações. Neste sentido, o STF possui, sim, a competência para decidir sobre casos em que haja omissão do poder legislativo, funcionando como guardião maior e intérprete⁴ da Constituição Federal, pois a sociedade não pode ficar sem respostas para os acontecimentos.

3.3 ASPECTOS JURÍDICOS

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, abriram-se grandes discussões acerca dos bens ou aspectos fundamentais à existência do ser como pessoa, sujeito de direitos e obrigações.

Os direitos inseridos nesta Declaração, segundo preleciona Cunha Júnior (2008, p. 551.), “constituem um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não se realiza nem se desenvolve por completo”.

Tomando-se por base o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada a todas as pessoas a igualdade plena, livre de qualquer preconceito ou discriminação. Essa ideia de igualdade plena remonta o direito à liberdade de afetividade, ou seja, o direito à pessoa de seguir a orientação sexual que queira, devendo se dispensar o mesmo tratamento a todas as pessoas sem distinção de orientação sexual, principalmente, e não é de se esperar outra forma, no âmbito jurídico, uma vez que o judiciário é o órgão que deve assegurar a igualdade dos cidadãos em todos os aspectos. Assim, nossa Constituição Federal destaca direitos fundamentais da pessoa humana, entre eles, o direito à liberdade, conforme dispõe o artigo 5º da Carta Magna.

Segundo Oltramari (2008), o princípio da dignidade da pessoa humana pode e deve ser utilizado para suprir a lacuna na legislação, já que a mesma não proíbe a adoção em razão da orientação sexual dos pais e tendo em vista que tanto a adoção homoafetiva quanto o

⁴ Interpretar difere de legislar. Enquanto que interpretar “é construir o sentido do texto da norma em relação à sua realidade”, segundo Cunha Júnior (2008, p. 189), legislar consiste em elaborar a norma legislativa.

reconhecimento da união de homossexuais não estão protegidos nem pelo CC/02, nem pela CF/88.

As primeiras manifestações de cunho legislativo surgiram na Europa, conforme Rios (2001), consolidando a livre orientação afetivo-sexual como direito fundamental.

Para Silva Júnior (2010), a jurisprudência nacional avançou seguindo o mesmo entendimento da jurisprudência internacional quanto ao reconhecimento dos mesmos efeitos jurídicos das relações heterossexuais às relações homoafetivas.

Em decorrência dos avanços em favor do reconhecimento de direitos aos homossexuais, a vinculação homoafetiva também passou a receber tutela específica.

Inicialmente, o reconhecimento da vinculação afetiva concedida aos homossexuais deu-se no âmbito internacional, constituindo-se num importante avanço, a exemplo da Holanda que equiparou as uniões homossexuais ao casamento tradicional (SILVA JÚNIOR, 2010).

Destaca-se uma atual tendência à regularização das uniões homoafetivas no Brasil, tendo em vista o entendimento jurisprudencial que vem sendo adotado, no qual o judiciário viu-se compelido a manifestar-se frente aos entraves legislativos. Diante da omissão legislativa, a jurisprudência vem desempenhando relevante papel em adequar a legislação aos avanços sociais e a hermenêutica jurídica viabiliza essa atuação do judiciário, conforme será discutido mais adiante. Sendo assim, interpretar o Direito, para Paulo Nader (2007, p. 279), significa revelar o seu sentido e seu alcance. Para ele, “na moderna hermenêutica o elemento teleológico assume papel de primeira grandeza”. Assim, o fator teleológico investiga os fins a que a lei pretende alcançar.

Falar-se sobre a união homoafetiva torna-se indispensável para a discussão da adoção por estes casais, visto que um dos entraves à adoção por pares homoafetivos, constituía-se no fato de tal união não ser reconhecida legalmente como união estável, condição exigida tanto pelo ECA quanto pelo CC/02 e pela CF/88, para que ocorra a adoção com amparo legal. No entanto, com o reconhecimento das relações homoafetivas pelo STF, retira-se todos os óbices existentes quando o Tribunal decidiu que a legislação não deve ser interpretada de modo a excluir os homossexuais e decretou a igualdade absoluta entre sexos para todos os efeitos.

Estima-se, segundo o censo IBGE (2010) que existam cerca de 60.000 (sessenta mil) casais homossexuais. Esse número pode ser muito maior em virtude de muitos casais homossexuais não assumirem publicamente a condição de casal pelo preconceito existente. A não garantia expressa dos direitos inerentes ao casal homoafetivo fez com que muitos dos

homossexuais preferissem adotar, de forma individualizada, muitas vezes omitindo a própria condição como meio de facilitar a adoção. Ora, não reconhecer este direito é fechar os olhos para a realidade e manter os homossexuais à margem não só da sociedade como do Direito. Por outro lado, é fato que a adoção somente por um dos conviventes gera uma realidade fática na qual o casal homoafetivo constitui-se em “pai e mãe” do adotando. No entanto, o prejuízo maior instala-se em relação a este, uma vez que a vinculação jurídica da filiação só acontece em relação a um dos conviventes, deixando a criança ou o adolescente de auferir os benefícios de uma paternidade/maternidade, principalmente no que tange aos benefícios patrimoniais, quando da separação do casal ou morte de um dos companheiros, por exemplo. Assim, o adotando só teria direitos em relação ao convivente que lhe adotou, só podendo buscar possíveis direitos como de alimentos, benefícios sucessórios ou previdenciários em relação ao adotante, constituindo-se, dessa forma, um grave dano patrimonial.

Vivas (apud SILVA JÚNIOR, 2010, p.146) afirma que:

A lei brasileira permite que homens e mulheres solteiros adotem crianças, sem fazer referência à sua orientação sexual. Nesse vácuo, é que os homossexuais conseguem adotar um filho. Não pode o Direito, dessa forma, fazer ‘vistas grossas’ a esse modelo de família.

Ante o princípio do acesso à justiça e o poder-dever que se instala quando da provocação do judiciário, os magistrados têm-se utilizado da analogia para sentenciar no que diz respeito às relações homoafetivas no Brasil. Se utilizam, para tanto, de uma interpretação teleológica, conforme mencionado anteriormente, como forma de integração da lacuna deixada pela legislação. De acordo com Diniz (2005), este tipo de interpretação também pode ser chamada de sociológica, visto que objetiva conformar a finalidade normativa às novas exigências sociais.

Com isso, observamos a aplicação do referido princípio em decisão que reconheceu a união homoafetiva como estável, pelo Tribunal de Justiça da Bahia:

Aplicando-se analogicamente a Lei 9.278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos, só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso improvido (BAHIA, 2011).

No mesmo sentido, vêm-se sentenciando quanto à adoção de crianças/adolescentes por casais homoafetivos:

Adoção. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. **Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança.** Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude. (RIO DE JANEIRO, 1999, grifo nosso).

Vale ressaltar que os primeiros julgados favoráveis à adoção por casais homoafetivos basearam-se, conforme explicita Silva Júnior (2010, p. 163), na Resolução 1/99, do Conselho Federal de Psicologia, a qual estabelece “normas de atuação para os psicólogos (as) em relação à orientação sexual”, vedando tratamentos discriminatórios em relação aos homossexuais.

Outra questão atinente ao assunto refere-se ao registro das crianças adotadas por pares homoafetivos. A existência de dois nomes masculinos ou femininos no registro de nascimento parece ir de encontro aos costumes. No entanto, quanto ao ordenamento jurídico pátrio, da mesma forma não acontece. É que a Lei 6.015/ 73 (Registros Públicos) faz exigências meramente formais, não se encontrando nessa lei, tampouco no ECA, empecilhos ao registro de pessoas por pais do mesmo sexo. Tal omissão torna perfeitamente possível que ao se registrar a criança por casais do mesmo sexo, utilize-se o termo responsáveis legais ao invés dos nomes materno e paterno, conforme orienta Silva Júnior (2010).

Face às inúmeras resistências em relação aos projetos que tramitam visando ao fortalecimento e garantias de respeito aos homossexuais de maneira geral, surgem cada vez mais projetos com esta finalidade. Dentre eles, destacam-se o PL 4.914/09 que visa dar a mesma aplicação à união estável de pessoas do mesmo sexo, os dispositivos do CC/02 e o PL 2.285/07 (Estatuto das Famílias). Este último retira o Direito das Famílias da disciplina da Lei 10.046/02, dando-lhe mais autonomia ao ser colocado em diploma próprio, enquanto lei especial.

O Estatuto das Famílias buscava dar os mesmos efeitos jurídicos da união estável à união homoafetiva. No entanto, ao passar pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara dos Deputados foi retirada a proposição que previa tal isonomia.

Restrição semelhante também sofreu a nova Lei de Adoção, que teve a autorização expressa da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos, retirada de seu texto (Silva Júnior, 2010).

Tudo isto reflete o enorme preconceito que gira em torno do assunto, tendo pessoas diretamente envolvidas que buscar a tutela jurídica como forma de garantir seus direitos.

A decisão do STF em reconhecer os direitos dos homossexuais abriu todas as possibilidades, inclusive no que tange aos desdobramentos dessa decisão, como é o caso da adoção homoafetiva, vinculando os demais tribunais e instituições públicas a dar o mesmo seguimento aos casos homônimos.

4 A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL E SEUS REFLEXOS SOBRE A ADOÇÃO HOMOAFETIVA

A vida em sociedade, na visão de Paulo Nader (2007), constitui um processo de adaptação humana e, pressupondo organização, tem como consequência a existência do Direito. Enquanto que, por um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social, para suprir uma carência da coletividade, por outro, este mesmo ordenamento cria a necessidade da sociedade adaptar-se aos novos conceitos instituídos.

Assim, como processo de adaptação social, o Direito deve sempre buscar se refazer em face das necessidades do meio.

Diante da insuficiência do direito positivo em acompanhar os avanços de nossa sociedade, que muda a uma velocidade bem superior à criação de normas, a jurisprudência vem desempenhando papel relevante em nosso meio como forma de aplicação do Direito ao caso concreto, ou melhor dizendo, a jurisprudência tem o papel de antecipar um entendimento acerca de determinado assunto a ser transformado em lei posteriormente pelo Poder Legislativo.

Dessa forma, conforme orienta Cintra, Grinover e Dinamarco (2008), diante de uma causa incômoda ou complexa, não pode o juiz deixar de se pronunciar a respeito, sob pena de tal conduta importar em denegação da justiça e violação da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Com isso, o juiz desempenha importante papel social na medida em que sua função não se restringe apenas à aplicação da lei *ipsis litteris*, mas, e principalmente, à sua interpretação e aplicação frente ao caso concreto, devendo ser conhecedor da realidade e dos avanços sociais da sociedade da qual faz parte.

Os juízes de primeiro grau, assim, contribuem para a adequabilidade do nosso ordenamento jurídico a casos concretos, interpretando a lei de modo a resolver as questões que lhes são suscitadas, interpretando-as em conformidade com a Constituição. O Supremo Tribunal Federal (STF), neste mesmo sentido, tem contribuído para a adequabilidade dos regramentos jurídicos à realidade social que se instala ao discutir as questões de repercussão geral, sejam elas de ordem moral, social, política, econômica ou jurídica que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, conforme preleciona Lenza (2008).

Sendo assim, é lícito aos juízes, ao se depararem com assuntos cuja matéria ainda não foi regulada por Lei, fazerem interpretação analógica para casos cuja essência identifique-se com outros assuntos tratados pelo ordenamento. É o que diz a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O que vem acontecendo com os casos de união e adoção homoafetivas é uma repetição do que culminou no reconhecimento da sociedade de fato a relações não matrimoniais, as quais, na época, ainda não eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico pátrio. A interpretação analógica que se faz nesses casos segue a mesma evolução do que já aconteceu anteriormente em casos polêmicos para a época, a exemplo, como foi dito, das relações não matrimoniais, reafirmando a ideia de que a jurisprudência surge antecipando um entendimento que, conseqüentemente, possui a tendência de ser positivado, embora se constituam alvos de inúmeras resistências.

A adoção por pares homoafetivos, fato já mencionado anteriormente, encontra amparo na jurisprudência brasileira, conforme se observa abaixo:

Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. (...) **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. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

O STF, provocado para se pronunciar por meio do controle de constitucionalidade, sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, julgou nos dias 4 e 5 de maio do corrente ano (2011) as

referidas ações reconhecendo direitos para a união homoafetiva, conforme já mencionado. A primeira possui caráter mais restrito e foi convertida em ADI pelo relator do processo, Ministro Ayres Brito, que a recebeu em par com a ADI 4277 e foi proposta pelo Governador do estado do Rio de Janeiro:

[...] pleiteando o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas; interpretação conforme a Constituição dos arts. 19, II e V e 33, ambos do Decreto-lei estadual nº 220/75, em ordem a assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis e a declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao propugnado na inicial violam preceitos fundamentais (BRASÍLIA, 2011).

Já a ADI 4277 pleiteava o reconhecimento pelo STF da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, possuindo um caráter mais amplo.

Esta última ADI, proposta pela Procuradoria Geral da República, ao pedir o reconhecimento dos direito civis de pessoas homossexuais, defende a tese de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo deve ser extraída da própria Constituição com fundamento nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, entre outros.

Os tribunais, de modo geral, estão adiantando um entendimento que já se encontra expresso em projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, a exemplo do já mencionado Estatuto das Famílias (PL 2285/2007).

Vale ressaltar que o princípio da interpretação conforme a Constituição, de acordo com Cunha Júnior (2008, p. 221), “consiste num princípio de controle de constitucionalidade, mas que ganha relevância para a interpretação constitucional quando a norma legal objeto do controle se apresenta com mais de um sentido ou significado”, devendo ser dada, dessa forma, a interpretação que mais se adeque à Constituição.

A decisão dos Ministros do STF representa importante avanço na conquista de direitos aos homossexuais. Dentre os votos, destaca-se o do relator Ministro Ayres Brito ao comentar a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, emprestando o mesmo raciocínio utilizado sobre a união homoafetiva:

Como não se pode pré-excluir da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento. (...) anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, (...) (§ 5º do art. 227); e também

nessa parte de do seu estoque normativo não abre distinção entre “homo” ou “heteroafetivo”. **E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição [...]** (BRASÍLIA, 2011, grifo nosso).

A exegese empreendida pelo STF é plausível quanto ao reconhecimento da união homoafetiva enquanto união estável, aplicando a interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do CC/02. Ora, ao analisar-se o mencionado artigo que preconiza: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, o tribunal em questão estendeu este reconhecimento às uniões homoafetivas por meio de um raciocínio analógico em conformidade com a Constituição Federal tendo como princípios norteadores a isonomia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Na visão do STF, o referido artigo em momento algum proclama que a união estável aplica-se somente ao homem e a mulher e, neste caso, estende-se a interpretação constitucional de forma a incluir também as uniões homossexuais.

Neste mesmo sentido a Ministra Nancy Andrighi afirma:

O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares (...), é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos (BRASÍLIA, 2011).

Diversamente do Ministro Ayres Brito, que ao se pronunciar na sessão de julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, chega a abordar os desdobramentos do reconhecimento da união homoafetiva, destaco o voto do Ministro Gilmar Mendes ponderou em seu voto: “as escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. Me limito a reconhecer a existência dessa união, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos”. Como se observa, o Ministro Gilmar Mendes foi mais contido, restringindo-se a reconhecer a união homoafetiva, porém, sem tecer maiores comentários quanto aos possíveis desdobramentos dessa decisão.

Sendo assim, com a decisão do Supremo em equiparar os direitos homoafetivos aos dos heterossexuais abriu-se a possibilidade para a adoção homoafetiva, visto que, o casal

homossexual passa ser caracterizado como em união estável, e, por consequência, reconhecido como entidade familiar, uma das exigências do ECA para a adoção por casal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção homoafetiva é um assunto permeado por muitas polêmicas, conforme já expostas no decorrer deste estudo.

Com a evolução da sociedade, ocorreram modificações no conceito de família, a qual passou a ter como cerne de sua constituição, não mais a procriação, mas sim o afeto, abrindo-se as possibilidades para a adoção por casais.

A adoção deve ser analisada sempre do ponto de vista do melhor interesse para o adotando, oferecendo a este reais vantagens. Neste sentido, não se pode negar a uma criança que já sofreu com o abandono dos seus pais biológicos ou que, por quaisquer outros motivos, permaneçam em instituições de abrigo, o respeito e garantias plenas aos seus direitos, do ponto de vista da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Importante lembrar que muitas dessas crianças já sofreram as mais variadas formas de restrições, sejam materiais ou afetivas, e negar-lhes o direito da adoção por casal homossexual é restringir ainda mais as possibilidades delas serem adotadas, ficando a mercê de sua própria sorte.

A não regulamentação da união homoafetiva representa não só uma omissão do legislativo, mas, acima de tudo, o total desrespeito aos princípios da isonomia, da liberdade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

A decisão do STF pelo reconhecimento da união homoafetiva, além de reafirmar a sua existência enquanto entidade familiar dignifica-a perante a sociedade, uma vez que se tratava de uma união marginalizada, em que muitos não assumiam tal condição por medo de atitudes discriminatórias e tinham que apelar ao judiciário pelo reconhecimento de um direito a eles inerentes.

Com a decisão do Tribunal, o direito a adoção por casal homoafetivo passa a ser incontestável, uma vez que estes foram equiparados aos casais heterossexuais, não havendo motivos nem sociais, nem do ponto de vista jurídico para negar-lhes tal pretensão. Além do que, a decisão do STF apenas reafirmou um entendimento que já vinha sendo adotado pela jurisprudência brasileira. Ressaltando-se que os pares homoafetivos devem ser submetidos aos mesmos critérios para a concessão da adoção aos quais os demais casais são.

A família, com o reconhecimento da união homossexual como tal, não se destrói e, sim, se reconstrói em resposta aos avanços da nossa sociedade, pautada sempre na dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto e em consonância com os princípios constitucionais, a legislação vigente e a histórica decisão do STF, verifica-se que não há limites impostos à adoção homoafetiva, sendo perfeitamente possível tal pretensão.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 16313-9/99, 3ª Câmara Cível. Apelante: Ministério Público. Relator: Des. Mário Albiani. Bahia, 04 de abril de 2001.

Partilha de bens. Disponível em:

<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaPrint.php?idJurisAssunto=20&idJurisSubAssunto=>>. Acesso em: 29 abril 2011.

BIAGIONI, Juliana Salate. A união homoafetiva e seus aspectos jurídicos. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 44, p. 627-638, set./dez. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade Mecum compacto saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum compacto saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Vade Mecum compacto saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Apelante: Procuradoria Geral da República. Apelado: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2011.

BRASÍLIA. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Apelante: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Apelados: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados. Relator: Exmo. Sr. Ministro Carlos Britto. Brasília, junho de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 11 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Voto do Ministro Carlos Brito. Apelante: Procuradoria Geral da República. Apelado: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.981- RJ (2008/0025171-7). Apelante: Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil Previ. Apelado: Severino Galdino Melo. Relator: Min. Nancy Andrighi. Distrito Federal, 22 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10756124&sReg=200800251717&sData=20100804&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 maio 2011.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHAVES, Antônio. Três temas polêmicos em material de adoção de crianças. In: PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Adoção por homossexuais** – Fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 84.

CINTRA, Antônio C. de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Nota da CNBB à respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à união entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/eventos/assembleia-geral/6533-nota-da-cnbb-a-respeito-da-decisao-do-supremo-tribunal-federal-quanto-a-uniao-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 11 maio 2011.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual – preconceito de justiça**. 20. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. v. 5.

_____. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

_____. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Notícias sobre o censo 2010**. Disponível em: <www.censo2010.ibge.gov.br>. Acesso em: 13 maio 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Irany Novah; AMATO, Alexandre Campos Moraes. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: Roca, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARANÁ. Ministério Público do Estado de Paraná. Apelação cível nº. 648257-5 do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba 2ª vara da infância, da juventude e adoção. Apelante : Ministério Público do Estado do Paraná. Apelado : j. S. B. J. Relator : des. Costa Barros. Curitiba, 12 de maio de 2010. **Jurisway**: sistema educacional online. Disponível em:

<<http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?pagina=1&idarea=20&idmodelo=20477>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

OLTRAMARI, Fernanda. **Adoção por homossexuais**: possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo. Revista IOB de Direito de Família. São Paulo, 2008. v.9

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 14.332/98 - 9ª Câmara Cível. Apelante: Ministério Público. Apelado: J.L.P.M. Relator: Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro, 23 de março de 1999. **Direito homoafetivo**: consolidando conquistas. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/402.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. TJRJ, AC 731/89, 5ª C. Civ. Relator: Des. Severiano Aragão. Rio de Janeiro, 23 de março de 1999. **Direito homoafetivo**: consolidando conquistas. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/402.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70013801592. Apelante: Ministério Público. Apelado: L. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 05 de abril de 2006. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/70013801592.doc>. Acesso em: 14 maio 2011.

RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José de Mênaco. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Adoção homoafetiva e inconstitucionalidade. **Instituto brasileiro de direito de família**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=491>. Acesso em: 16 de julho de 2010.

_____. União Homossexual: do preconceito ao reconhecimento jurídico. In: **Revista Jurídica Diké**. Universidade Estadual de Santa Cruz. Bahia, Ilhéus: Editus, 2001. A. III, anual.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direito dos homossexuais**. São Paulo: SRS, 2008.

VIVAS, Wilma. **As novas famílias**: do patriarcado à monoparentalidade. Dissertação de pós graduação em Direito – Mestrado. Universidade Estadual de Santa Cruz. Convênio UFBA-UFPE. Ilhéus/BA, jul. 2002. In: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2010.