

A CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Aloisio Antônio Cardoso

Cláudia Beatriz Sicília

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso trata do tema da adoção por casais homoafetivos. O estudo valeu-se de pesquisa exploratória e a bibliográfica para fundamentar o trabalho. O estudo do tema foi desenvolvido com base em materiais já existentes tais como: livros, artigos científicos, em mídia impressa e virtual, bem como, periódicos, dentre outros. Este trabalho lançou mão do método dedutivo para analisar as leis existentes partindo do rechaçamento que os casais homoafetivos sofrem, comprovando que a adoção por eles se faz tão legítima quanto a por casais heterossexuais, demonstrando-se as contradições legais e, também, os entendimentos que contrapõem com o Estado Democrático de Direito. Para a dissertação dessa monografia utilizou-se, também, o método histórico, analisando os diferentes conceitos, no que tange ao Direito de Família, ao longo do caminhar da sociedade e a partir do advento da Constituição Brasileira de 1988, e o método de documentação indireta no que concerne ao ramo do Direito de Família, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda, a nova Lei de Adoção (12.010/2009) e uma breve abordagem psicológica para demonstrar que não há prejuízos para o menor que é inserido numa família onde se tenha como pais, pessoas do mesmo sexo. Para demonstrar a dificuldade dos casais homoafetivos em relação aos heterossexuais, no que se refere à adoção, fez-se o uso do método comparativo, averiguando as dicotomias e dificuldades existentes, tanto sociais quanto jurídicas. O trabalho trouxe à baila os percalços que esses casais sofrem em razão de sua orientação sexual. No entanto, tenta-se demonstrar que é totalmente factível a adoção por essa minoria, pois se assim não for, estará indo de encontro ao princípio da Isonomia, e ainda mais, o da Afetividade, o da Dignidade da Pessoa Humana e o do Melhor Interesse do Menor, dentre outros.

Palavras chaves: Direito de Família. Adoção. Casais Homoafetivos. Melhor Interesse do Menor. Possibilidade.

1 INTRODUÇÃO

O atual marco teórico no qual está inserida a sociedade brasileira, qual seja, Estado Democrático de Direito, que foi instituído com o advento na Norma Maior datada de 1988, em que o poder é exercido por intermédio de meios democráticos objetivando-se a efetivação das garantias constitucionais.

Vive-se em um regime em que as leis são feitas para atender aos anseios de toda coletividade, e para atender tais anseios delega-se o poder aos representantes eleitos pelo povo.

Insta suscitar que no regime democrático todos devem ser atendidos, vez que o povo também é composto por minorias que detém o direito de ter suas reivindicações acolhidas.

Com a Constituição Federal de 1988 não há que se falar em um conceito fechado no que toca ao direito de família, até porque a sociedade como um todo é bastante complexa e está em constantes mutações. Desta forma, no momento atual um novo conceito de família vigora e, por isso, os empecilhos no que se refere à adoção por casais homoafetivos devem ser extirpados, uma vez que, o conceito atual de família já possui outra conotação, como já dito, e até mesmo a nova Lei de Adoção (Lei n 12.010/2009) traz um conceito bem mais amplo, onde se vislumbra o interesse do menor posto em adoção.

Todavia, há algumas contradições na nova lei, já que qualquer indivíduo pode adotar uma criança ou adolescente. No entanto, não há efetivamente o cumprimento da norma acima citada, pois, de acordo com as decisões dos tribunais brasileiros há subjetivamente uma vedação àqueles que não fazem parte do que a sociedade dita como “o correto”, ou os intitulados como conservadores. Nessa esteira, ficam os casais homoafetivos impossibilitados, *a priori*, de adotar.

Salienta-se que a proposta do objeto de estudo tem em vista a busca dos motivos que levam os casais fora do “padrão tradicional” ter tratamento dissociado de seus pares heterossexuais. Compreende perfazer-se nesta pesquisa uma sucinta abordagem histórica, para averiguar o caminhar dos “signos” que vêm estigmatizando esses seres.

Também uma abordagem psicológica para vislumbrar as reações do adotado para com a sua nova família, e demonstrar que as funções paterna e materna podem ser desempenhadas, cada qual, por cada um dos genitores, ou ainda, ambas funções exercidas somente por um deles.

Demonstrará também a omissão da legislação infraconstitucional perante aos pares homoafetivos.

E por fim, fazer uma explanação jurídica casando todos os ramos em comento para demonstrar a viabilidade da adoção por casais homoafetivos abarcando o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2 BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

O Direito de Família Brasileiro num primeiro plano apresentou-se relativamente estável no que se referem as suas legislações e inovações. O instituto da adoção, que compõe o direito de família, é de uma considerável versatilidade, sendo que essa lhe propiciou inúmeras modificações (CHAVES, 1995, p. 24).

O Código Civil de 1916 trazia em seu texto que a simples adoção, podendo ser de um menor, bem como, de um maior - só poderia ser efetuada por aqueles que não tivessem filhos. A adoção restringia-se ao adotante e ao adotado e o seu registro era feito mediante escritura pública.

Vale lembrar que a Lei 4.655/65 permitiu mais uma espécie de adoção, sendo a legitimação adotiva. Esta espécie estava na dependência de uma decisão judicial, que por sua vez, era irrevogável e tinha como efeito o rompimento do vínculo de parentesco para com a família natural.

O Código de Menores (Lei 6.697/79) veio por fim a legitimação adotiva para emergir a adoção plena, no entanto, tinha o mesmo sentido da lei pretérita. Com o Código referido, o parentesco passa a ser estendido aos familiares do adotante, em razão disso, pode o adotado lançar mão do uso do nome dos ascendentes em seu registro de nascimento, independentemente do consentimento dos avós.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, extirpou-se a diferenciação de adoção e filiação, uma vez que não há mais diferenciação entre filhos, sendo que quaisquer direitos e qualificações diferenciadas são proibidos, evitando designações discriminatórias conforme bem se vê no art. 226, § 6º da Norma Maior.

Com o objetivo de garantir a efetividade do Princípio da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) veio dar ampla atenção aos interesses da criança e

do adolescente. A partir de então, começou a regulamentar a adoção daqueles, certificando todos os direitos, até mesmo o direito à sucessão.

Ainda no Código Civil de 1916 o adotado só tinha direito de receber herança caso o adotante não tivesse filhos biológicos. Desse modo, se por ventura o adotante concebesse filhos biológicos pós-adoção, o adotado só receberia a metade da cota parte do biológico, em razão da filiação legítima. Todavia, tais entendimentos passaram a ser inconstitucionais, uma vez que a jurisprudência passou a fazer uma interpretação sistêmica, tendo como fonte os novos princípios e normas estampados na nova Constituição da República.

Já no Código Civil atual, houve a instituição do sistema da adoção plena, indo ao encontro do que preceitua o ECA. Por isso, a adoção de qualquer pessoa que seja (criança, adolescente, ou até mesmo adultos) está revestido de iguais características, tendo que passar pelo processo judicial, em qualquer das hipóteses.

No entanto, o advento da Lei 12.010/2009 revogou os artigos que disciplinavam a adoção, valendo agora, os da lei supracitada.

3 PODER FAMILIAR

Na acepção atual de entidade familiar, o filho, hoje, tem uma nova conotação frente ao lugar que ocupa no seio de sua família. Isso ocorre porque ele passou a ser sujeito de direito e não mais objeto de direito. Por isso, depara-se com um conceito novo de poder familiar.

Para Grisard Filho (*apud* DIAS, 2009, p. 384) poder familiar:

Nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente.

De tal maneira que, com a Constituição Federal de 1988 há que se falar que o poder familiar é desempenhado por ambos os genitores. Mas é de bom grado dizer que este conceito que vem no corpo do texto constitucional brasileiro, em seu art. 226, § 7º, é um conceito novel, pois, anterior a este conceito existia o “pátrio poder”, que retratava uma situação hierarquizada e de comando da família ditado pelo homem, ou seja, pelo pai, em regra.

Esse antigo conceito adveio do direito romano (“pater potestas”), como já dito, direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos, (DIAS, 2009, p. 384).

Vale lembrar que toda criança e adolescente entre zero e dezoito anos está sujeita ao poder familiar, que como já se disse, é desempenhado pelos genitores conjuntamente sem se falar em grau de hierarquia.

Insta salientar que além do Código Civil em seus dispositivos 1.630 ao 1.638, o ECA também trouxe em seu corpo o conceito de poder familiar, conforme se vislumbra nos arts. 21 e 24. O Estatuto fala em convivência em família e da convivência comunitária, sendo direitos da criança e do adolescente.

Faz-se mister dizer que o Estado tem o condão de adentrar na “gestão” da família quando observar que a criança e/ou adolescente ali inseridos não estão tendo o devido respaldo por seus genitores. Isso ocorre com o intento de defender os interesses do menor que vive com seus familiares.

É interessante mencionar que, se o Estado averiguar que o poder familiar não está sendo exercido de forma como se espera, ele poderá intervir nessa família, afastando os genitores da função protetiva, podendo acarretar a suspensão ou destituição do instituto em comento.

A suspensão se dará nos casos em que o genitor incidir em abuso de autoridade, conforme se vê no texto do art. 1.637, do Código Civil:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Assim, a suspensão é a medida menos gravosa, por isso, é passível de revisão. Além disso, esta medida é facultativa, podendo o juiz, aplicá-la ou não.

Já a extinção do poder familiar se dá pela morte dos pais ou dos filhos, emancipação, maioridade, adoção e destituição de poder familiar após sentença judicial transitada em julgado.

É bom dizer que existe uma diferença entre extinção e perda do poder familiar, esta ocorre com uma sanção imposta por intermédio de uma sentença judicial, o que não ocorre com aquela.

3.1 COMPETÊNCIAS DOS PAIS

A competência na criação dos filhos está dada de forma igualitária aos pais, de tal modo que ambos têm as mesmas obrigações e competências para gerir a família e sendo de fato e de direito, o poder familiar, desempenhado pelos dois, conforme está estampado no art. 1.631, Código Civil: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Com esta redação veio por fim aquele conceito de que o homem era o detentor da gestão da entidade familiar.

Não significa dizer que as competências desenvolvidas por um dos genitores serão maiores do que a do outro em razão do sexo já que por expressa previsão legal os dois têm a mesma posição de igualdade jurídica (COMEL, 2004).

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que o poder familiar pode ser exercido por aqueles que não sejam os pais. Nesse caso, seria exercido por intermédio dos institutos da tutela e a curatela. Sendo o primeiro instituto para os menores e o segundo para os maiores incapazes.

Nessa esteira, há entendimentos que a primeira parte do art. 1631 do Código Civil seria inconstitucional, uma vez que estaria indo de encontro à igualdade entre filhos, o que é inconcebível conforme se traduz no art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “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”.

O legislador de 2002 teve a preocupação de inserir no Código Civil as competências dos pais no tocante ao trato com os filhos menores. Assim, vejamos o que diz o referido Código:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Insta dizer que o poder familiar não será perpétuo, pois existe a possibilidade de sua perda ou suspensão, conforme está previsto na Norma Civil.

No tocante a suspensão do pátrio poder o Código Civil traz três possibilidades para que se suspenda o exercício dele, que é instituído aos pais, em seu art. 1.637, assim temos as seguintes modalidades: descumprimento dos deveres inerentes aos pais; ruína dos bens dos filhos; condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Constata-se que observando as duas primeiras hipóteses trazidas pelo art. 1.637 do Código Civil temos em pauta o evento do abuso de direito no que concerne ao desempenho do poder familiar.

Já referente à última hipótese do artigo supracitado, estamos diante de:

um fato que pode acarretar conseqüências ao menor, pois uma condenação criminal serve de argumento negativo, mostrando a falta de plena capacidade para o exercício do poder familiar”(COSTANZE, 2007).

Vale lembrar que essas suspensões impostas para os pais que não cumprem com presteza o papel que lhes foram conferidos pelo Código Civil podem ser retiradas, isso, quando sanada as irregularidades e o juiz homologar tal entendimento e levar em consideração o que é mais interessante para o menor.

A extinção do poder familiar pode ser feita por intermédio de sentença judicial e não há possibilidade, em regra, de sua revogação ao contrário do caso de suspensão. Lembrando que a extinção só será dita pela autoridade judiciária, em casos que exponha o menor e que os que deveriam lhe proteger não o fazem, pois suas ações vão na contramão do que se espera, uma vez que afeta diretamente um direito fundamental da criança e do adolescente, qual seja, o de viver dignamente. Essas hipóteses de extinção ou perda estão elencadas no art. 1.635 do Código Civil:

Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

O estudo desses dispositivos faz-se denotar que as formas pelas quais a extinção se dá está intimamente ligadas a situações especiais.

O primeiro inciso prevê que se os pais do menor vierem a falecer, ele será colocado sob tutela, para que alguém possa assisti-lo, se menor absolutamente incapaz ou representá-lo se relativamente incapaz. Mas se for o filho que morrer, não há que se falar no exercício do poder familiar, já que com a morte o poder familiar também desaparece.

No segundo, que faz referência ao art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, haverá a extinção quando os pais emancipa seu filho por entender que ele já é capaz de exercer atos da vida civil; quando ele casar-se com outrem, também se extingue o poder familiar; pelo emprego de público efetivo; mais ainda pela colocação de grau em ensino superior e para fechar as hipóteses do parágrafo único do artigo em tela, o poder familiar deixará de ser exercido pelos pais quando o filho tenha economia própria desempenhado pelo seu labor.

Já no terceiro, pela maioria, sendo esta adquirida pelo cessamento da menoridade que dá com 18 (dezoito) anos completos quando a pessoa torna-se apta para a prática de todos os atos da vida civil.

Na quarta hipótese, a extinção ou perda, sendo esta o termo mais correto (DIAS, 2009, 394), a perda do poder familiar se dará com a adoção, pois quando a criança e/ou adolescente é levado à adoção, seus pais biológicos ou naturais perdem todos os direitos sobre o menor, e não constará no registro dele sua origem, salvo para fins de impedimento matrimonial, conforme prescreve o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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.

Em atenção ao inciso V, e último, do artigo mencionado, o que se está vislumbrando é a proteção do menor que deveria ser bem cuidado por aqueles que o maltrata, nessa hipótese haverá uma sentença judicial que extinguirá o poder familiar, destituindo desses pais o poder de gerir a vida do filho e este irá ser colocado em uma família substituta, e podendo vir a ser adotado por ela.

4 ABORDAGEM PSICOLÓGICA

Faz-se necessária uma pequena abordagem psicológica para que se entenda a relação entre pais e filhos, explicando o que venha ser função paterna e materna e, que independente de como a entidade familiar é formada, seja por casais heterossexuais seja por casais homossexuais, o que importa é o afeto para com filho inserido no seio familiar.

4.1 FUNÇÃO MATERNA

A criança começa ter um contato físico e emocional com o mundo com aquela pessoa que cuida dela, podendo ser a mãe ou outra pessoa. A partir disso, de acordo com Signorelli (2003) pode-se conceituar o que se entende por função materna:

Trata-se, portanto, de uma pessoa com a qual a criança mantém uma relação muito importante, alicerce para todas as outras relações que a criança desenvolverá durante a sua vida. Considera-se como uma boa relação mãe-bebê aquela em que a mãe possui uma mente capaz de conter os sentimentos de seu filho e, com tranquilidade, dar-lhes significado e sentido. O bebê, no início da vida, é acometido por terrores, medos e ansiedades. E acaba projetando-os na mãe, que, se puder ser receptiva e compreensiva, terá condições de ajudá-lo a “digerir” esses sentimentos desconhecidos, conferindo-lhes sentidos e livrando-se, assim, de seu domínio enquanto emoções tirânicas. Essa é, resumidamente, a função materna.

Assim, a função materna tem como intenção controlar os sentimentos desconhecidos do(s) filho(s), com a finalidade de apresentar um significado para esses sentimentos.

4.2 FUNÇÃO PATERNA

Segundo Signorelli (2003), entende-se que:

A função paterna, por sua vez, atribuída a princípio ao pai representa a oportunidade que o bebê tem de conhecer novas relações, novos elementos do mundo. Se ao pai cabe garantir uma presença amorosa que dê sustentação para que a mãe cuide de seu filho, é ele também que, simbolicamente, vai tirando-o do colo materno e lhe apresentando possibilidades de crescimento, podendo aliviar assim, as ansiedades decorrentes disso. A função paterna tem como tarefa servir de ponte para a apresentação e a aceitação da realidade à criança. O pai, portanto, é a lei, o limite, a realidade.

Diante disso, infere-se que a função paterna tem por objetivo desprender a criança da mãe, dando a oportunidade àquela de conhecer um mundo que ainda não conhece, inserindo-a em relações novas e que, via de consequência, trarão mais experiências, portanto, o pai tem a função de dar limites mostrando a realidade.

Para Freud e Lacan (*apud* Mello, 2008) a definição de função paterna é:

função paterna enquanto aquela atrelada ao fato de poder fazer surgir a marca da Lei - a Lei do Pai - no psiquismo do filho. A marca da Lei no psiquismo, também denominada por Nome-do-Pai, protege o filho contra a doença mental (impõe o tão falado limite!) e deixa fortes indícios para que o viver na vida em sociedade se dê sob as regras da cultura e da moral civilizada.

Como se observa, a função paterna serve para dar limites ao filho, para que ele não seja um indivíduo somente com desejos, pois a função em comento, geralmente exercida pelo

homem, serve também, para dar frustrações para que a criança, como já dito, para que conheça a realidade.

4.3 FUNÇÃO MATERNA E PATERNA

Para que se entendam as funções desempenhadas pelos pais, faz-se mister salientar que não necessariamente a mulher exerce a função materna ou somente o homem exerce a função paterna. Essas funções podem estar em uma só pessoa. No entanto, uma dessas funções poderá ser mais evidente do que outra, isso é compreendido em razão da criança – agora pai ou mãe - em regra, ser criada por duas pessoas com criações distintas (pai e mãe).

Assim, as funções (materna e paterna) intrínsecas a cada pessoa dependerão da vivência obtida das relações com os pais, sendo assim, aquele que melhor desempenhar uma função, será essa que se evidenciará acentuadamente no sujeito passivo e isso dependerá da convivência obtida com ambos os pais (SIGNORELLI, 2003).

Exercendo a função paterna ou a função materna no que preconiza a psicanálise, segundo Dolto (*apud* Borges, 2005) “não implica apenas paternidade psicológica; demanda também, sentimentos e atitudes de adoção que decorra do desejo pelo filho”.

Com isso, pode-se dizer que a função paterna ou materna, poderá ser desempenhada por qualquer um dos pais, ou seja, o pai pode exercer a função paterna e a mãe poderá exercer a função materna.

5 A FAMÍLIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O primeiro artigo da Norma Maior estampa que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Pois bem, sabe-se que esse marco teórico, o Estado Democrático de Direito, é algo para se efetivar no decorrer dos anos, é uma intenção para que se efetivem todas as garantias elencadas na Carta Política.

Insta frisar, que hoje, está longe à efetivação de todas as garantias previstas no arcabouço legal. Desta maneira diz Barros (2005) no que se refere ao art. 1º no tocante ao Estado Democrático de Direito:

embora tenha sido escrita pelo Constituinte com o verbo no indicativo presente, essa afirmação não é uma realidade presente. É um desejo do povo brasileiro, que ainda está por ser satisfeito. A verdade é que, no mundo dos fatos jurídicos, no processo da história do Direito, o Estado Democrático de Direito somente se realizará no Brasil, como em qualquer país, quando – não só os direitos políticos – mas todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários: verdadeiros **direitos de todos** que, por serem apoiados nos **deveres de todos** que lhes sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da dignidade humana.

Assim, a família no Estado Democrático de Direito tem que ser tratada de forma especial, uma vez que ela é parte indispensável para a formação da sociedade. É a partir dela que se ganha os valores da vida, e por isso, tem que ser considerada, a família, de forma mais ampla, de modo que atenda todas as formas de sua apresentação, independentemente de como é constituída, mas sempre calcada no afeto, amor, carinho, na proteção da criança e do adolescente, etc.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem previsão na Constituição Federal no inciso III de seu art. 1º.

Este princípio é o mais importante do arcabouço legal vigente, pois, a partir dele se tem a noção de como proceder diante das relações humanas. Ele é, também, fundamento da própria existência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o princípio em comento, na acepção de Moraes (2000, p. 60) é:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Nesse diapasão, os direitos advindos das relações humanas são oriundos da simples efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O contexto do princípio em tela tem total aplicação no que se refere ao planejamento familiar. Isso se dá pelo seguinte fato, conforme Moraes (2000, p. 60): “A família é parte integrante da célula da sociedade”. Nessa esteira, seguindo o entendimento do autor, a família seja ela decorrente do casamento, união estável, dentre outras, tem o Estado o dever de

propiciar mecanismos para que ela tenha como atuar de maneira responsável, de modo que se atinja a vida digna na sua maior plenitude.

Para Feijó (*apud* SILVA, 2010, p. 2) “o indivíduo não é mero objeto nas relações entre Estado e terceiros, colocando-o a tratamento que comprometa a sua qualidade de sujeito de direitos fundamentais”.

Desta feita, insta dizer que qualquer pessoa tem que ser vista de maneira mais humanizada, de modo que o poder do Estado não vá de encontro aos interesses fundamentais da pessoa. A apreciação de que cada ser compõe uma célula e que esta se unificará na sociedade. Por isso, faz-se necessário a análise de que as pessoas têm anseios distintos, e acerca disso, o Estado tem que oportunizar meios para que eles, por meio do direito, também, sejam efetivados. Tem como fator fundante, a integração desse anseio como efetivação dos direitos fundamentais. Assim, a sociedade se torna mais equânime e o Estado como garantidor da eficácia dos direitos cumprirá o seu papel.

Pelo exposto, somente pelo mais nobre e supra princípio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, é totalmente possível falar em adoção por pares do mesmo sexo.

Já no que se refere ao princípio da igualdade, este é a tradução fundamental da democracia. Aludido princípio não se funda em permissões no que toca a privilégios e distinções para esse ou aquele indivíduo, no entanto, como todo princípio, existem suas exceções, e até a própria Constituição Federal permite isso.

Todavia, vale salientar que as exceções mencionadas, de fato, podem ser feitas observando a condição da pessoa, e não determinada pessoa. De tal forma, com isso, o indivíduo estará chegando à igualdade formal/material e não somente a formal. Devendo lembrar-se que a igualdade formal é aquela que está na lei propriamente dita, e a igualdade material é a que, também, está na lei, mas que a própria lei possui mecanismos para que ela seja efetivada.

Para Rocha (*apud* SILVA, 2009, p. 214):

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

Faz-se necessária dissociar-se a Igualdade perante a lei e Igualdade na Lei.

A igualdade perante a lei é o momento em que o legislador esta formulando a lei e o mesmo não apregoa tratamento diferenciado a iguais. Caso faça, o legislador, diferenciação para garantir a igualdade, tem que lançar mão de uma motivação, seguindo um critério lógico

e racional, pois assim, justificaria a relativização do princípio em tela, até porque, estaria em harmonia com os preceitos constitucionais.

Quem corrobora com o entendimento exposto, é Silva (2009, p. 214), vejamos:

Nossas constituições desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera igualdade *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.

Ainda, no entendimento de Silva (2009, p. 214), assevera-se que “a compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º *caput*, não deve ser assim tão estreita”.

Por isso, infere-se que o princípio da igualdade dever ser interpretado em consonância com outras normas constitucionais, devendo ser levado à baila os aspectos sociais e, além disso, a real acepção de justiça social.

Já a igualdade na lei, é aquela “dirigida principalmente aos interpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais” (MENDES, 2009, p. 179).

Vale dizer que é bom dissociar-se, também, a Igualdade formal da material. A primeira, em singelas palavras, é a lei posta, já a segunda, é a lei posta com suas formas de aplicação, ou seja, a própria lei detém mecanismos para que se efetive.

Interessante enfatizar que as discriminações inversas, ou ações afirmativas são mecanismos para que iguale o desigual aos iguais, é meio pelo qual se busca uma superação atinente a desigualdade existente em razão de uma situação fática que impeça o uso de um dado direito.

O Princípio da Liberdade, segundo Dias (2009, p. 63) guarda uma relação muito tênue com o Princípio da Igualdade, vez que, foi o primeiro princípio acolhido como direitos humanos fundamentais, integrando, como a autora prossegue, a primeira geração dos direitos a garantir o respeito concernente ao importante princípio, ou seja, o da Dignidade da Pessoa Humana.

A liberdade somente será alcançada se houver, numa mesma dimensão e concomitância, igualdade. Nesse ínterim, não observando o pressuposto da igualdade não há que se falar em liberdade, pois sem a observação daquele, haverá dominação e sujeição, mas nunca, a liberdade (CANUTO *apud* DIAS, 2009, p. 63).

O Princípio do Pluralismo Familiar, desde o advento da Constituição de 1988 vem ganhando outra conotação, conforme diz Dias (2009, p. 66) “nas legislações pretéritas

somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos eram condenados à invisibilidade”. Só a partir do instante que as uniões matrimoniais deixaram de ser o único meio de constituição do alicerce da sociedade que passou a admitir-se meios múltiplos de formação de entidades familiares. O princípio estampado no início desse parágrafo “é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de **arranjos familiares**” (ALBUQUERQUE FILHO *apud* DIAS, 2009, p. 66).

As uniões que não eram oriundas do matrimônio, isto é, as extramatrimoniais, não eram consideradas de natureza familiar, tinham proteção, simplesmente, no Direito das Obrigações, daí, sendo abordada como sociedade de fato (DIAS, 2009, p. 67).

As novas entidades familiares, mesmo que não estampadas expressamente em leis, merecem proteção, pois “são unidades afetivas, que merecem ser abrigadas sob o manto do direito de família” (DIAS, 2009, p. 67). Essas novas uniões como as uniões homossexuais, agora sendo o termo mais correto, uniões homoafetivas e, também, as uniões estáveis paralelas, sendo estas de grande preconceito.

A recusa de conceder especial tutela jurisdicional para entidades familiares surgidas com base na afetividade e que possui um vínculo de comprometimento de um para com o outro indivíduo e que tenham o intento de relacionar-se pessoalmente de modo a construir patrimônio, seria por parte do Direito, uma afronta aos direitos fundamentais, incorrendo em enriquecimento injustificado, seria a convivência desnuda com a injustiça (DIAS, 2009, p. 67).

O princípio da afetividade se infere a partir dos princípios fundamentais e os sociais. O Estado tem que, acima de todos, ser o garantidor e ter o compromisso de assegurar aos seus cidadãos o afeto (BIRCHAL *apud* DIAS, 2009, p. 69).

O Princípio da Afetividade ganhou proteção legal a partir do momento em que o Legislador deu proteção especial para a conversão daquelas uniões, as estáveis no caso, que se enquadra em forma parecida com o casamento, ou seja, união pública, com interesse de constituir família, respeito mútuo e, principalmente o afeto de um para com o outro. Assim, o princípio em epígrafe está totalmente protegido pelo direito e tendo aplicabilidade imediata.

6 DA NOVA ORDEM FAMILIAR VIGENTE

Levando em conta o Princípio da Afetividade e a Constituição juntamente com seus demais princípios em análise, infere-se que a partir da Carta Política ficou consagrado o

marco histórico para a família, pois se vislumbrou outras formas de família, constituindo um novo paradigma para o entendimento de sua concepção, nesse sentido preceitua o art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu parágrafo único, da Lei n. 12.010/2009:

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.

De acordo com a Lei 12.010/2009, em seu art. 42, que trouxe em seu corpo um novo conceito de família, que qualquer pessoa pode adotar desde que seja maior de 18 anos independentemente do estado civil.

6.1 NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

Embora o constituinte de 1988 não tenha trazido expressamente a possibilidade de adoção por casais homoafetivos não quer dizer que a Constituição proíba tal situação, pois se proibisse teria trazido em seu corpo de forma expressa.

6.2 DA EXCLUSÃO LEGAL DOS PARES HOMOAFETIVOS

A Constituição Federal não proíbe a adoção por pares homoafetivos, pois em momento algum, em seu texto, está estampada referida proibição, deixando assim, aberto.

No entanto, o legislador vem sofrendo pressão por alas da sociedade em que vivemos, mais especificamente as de cunho religiosos. Assim, por mero preconceito não aprovam leis de interesse de uma minoria. Grande exemplo disso é a PL 122/2006 que trata da criminalização da homofobia, que por sua vez, sempre tirada de pauta, dessa forma caracterizando o sentimento de repúdio, aversão, ou seja, a homofobia¹ (CARDOSO, 2009, p. 03).

A omissão legal para Dias (2009, p. 188):

gera resistência nos juízes de reconhecer juricidade às uniões homossexuais. Interpretam a falta da lei como correspondendo à vontade do Estado em não lhes

¹ Homofobia é o medo, aversão que uma minoria sente por pessoas que se relacionam afetivamente e sexualmente com outras pessoas do mesmo sexo. “Do ponto de vista psicológico, esse comportamento pode ser consequência de uma não aceitação de si mesmo como homossexual, desenvolvendo uma atitude agressiva como forma de negar o seu próprio desejo.

querer conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito. Esse mesmo preconceito geram também no Judiciário enorme dificuldade em identificá-las como entidade familiar, como se as características anatômicas dos parceiros impedissem a vida em comum com os mesmos propósitos das relações heterossexuais.

Em razão disso a jurisprudência reconhece, entre os casais homoafetivos, uma mera sociedade de fato, o que é um contrassenso, indo de encontro aos preceitos constitucionais.

Todavia, recentemente, uma decisão do STJ, concedeu a um casal lésbico a adoção de uma criança. Assim, a Corte Superior começa a acenar por um novo entendimento mudando substancialmente o entendimento anacrônico dos magistrados.

7 DA ADOÇÃO DIANTE DA PRINCIOLOGIA CONSTITUCIONAL ABORDADA

A adoção, considerando os princípios elencados na Constituição da República faz-se totalmente concebível, pois, o que esta em jogo é o melhor interesse do menor.

7.1 CONCEITO DE ADOÇÃO

A adoção é um ato de vontade de uma determinada pessoa ou mais, com o intento de constituir família sem ser pelo método biológico, isto é, o adotante, aquele que adquire a paternidade civil ao aceitar estranho como filho, mediante adoção, que estabelece o parentesco civil (DINIZ, 1998, p. 115), não tem a finalidade de ter um filho pelos meios naturais, e para tal se vale do ato altruístico de adotar.

Para Chaves (1995, p. 23) adoção é:

Um ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.

Acerca do conceito supracitado faz-se necessário lançar mão de algumas considerações. Com a nova principiologia adotada com o surgimento da Constituição de 1988, não há mais que se falar em “efeitos limitados”, pois independentemente da origem dos filhos, seja ele adotado ou não, todos têm tratamentos igualitários um frente ao outro, conforme se afere no art. 227, §6º da norma maior.

Ainda referente ao conceito de Chaves, em que diz que não há o desligamento total do adotado da família de sangue, o que hoje é uma inverdade, vez que o adotado perde totalmente o vínculo com a família de sangue, salvo no que se refere aos impedimentos matrimoniais, conforme se lê no art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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”.

Já Dias (2009, p. 434) conceitua adoção como “um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial”.

Assim, pode-se inferir que adoção é um ato jurídico, obedecendo-se o regramento legal, com o propósito de constituir família calcada na afetividade, não importando a origem do adotado.

Adoção para Gonçalves (2007, p. 337) “é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

Para Pontes de Miranda (*apud* GONÇALVES, 2007, p. 337) “adoção é ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”.

Segundo Pereira (*apud* GONÇALVES, 2007, p. 337) “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

Diniz (*apud* GONÇALVES, 2007, p. 337) apresenta o seguinte conceito de adoção:

Adoção é o 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.

Como se denota, a autora tem um conceito que abarca todos os outros conceitos dos demais autores, tornando-se, portanto, mais abrangente.

É salutar salientar que no atual marco, tem-se que conceituar adoção como o instituto que visa, primordialmente, o melhor interesse para a criança e para o adolescente.

Assim, adoção é um ato jurídico, sinalagmático, pelo qual uma pessoa ou mais por um ato de vontade, tem o objetivo de avocar para si a responsabilidade na criação, educação, afeto, dentre outras, de um ser, inserindo-o no seio de uma nova família, baseado no princípio do melhor interesse do menor e, também, no princípio da afetividade.

7.2 REQUISITOS

A adoção é disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente do art. 39 até o 52-D, já no Código Civil, não mais há previsão como antes, vez que a Lei n. 12.010/2009 revogou os dispositivos 1.620 até 1.629, sendo que os arts. 1.618 e 1.619 ganharam nova redação com a lei já mencionada.

Ela só se efetivará com a participação do representante do Ministério Público, haja vista que é uma ação de estado, CPC, art. 82, II, (DIAS, 2009, p. 450) e por intermédio do processo judicial.

Vale dizer que por expressa vontade do legislador, o art. 23 do ECA afirma que: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. Nessa esteira, Venosa (2008, p. 275) corrobora com esse entendimento e diz: “O estado de pobreza, portanto, não é elemento definitivo para possibilitar a adoção”.

Para que uma pessoa seja levada à adoção há necessidade do poder familiar ser destituído de quem o exerce, mediante sentença dada pelo juiz.

Pelo art. 39, ECA fica eminentemente proibida à adoção por intermédio de procuração, pois é importante que no momento da adoção o adotante esteja presente diante do juiz (VENOSA, 2008, p. 276). O mesmo autor ainda diz que tal entendimento deve ser estendido para adoção de maiores e que os processos de adoção, caso tenha, tem que tramitar na Vara especializada da Infância e Juventude, caso haja na comarca.

De acordo com o art. 41, §1º, ECA, estabelece que o companheiro tenha a permissão para que proceda a adoção de um filho do consorte, assim, permanecerão os vínculos referentes à filiação entre adotado e cônjuge ou companheiro do adotante e, além disso, os respectivos parentes.

Ao pleitear a adoção de um menor, o adotante tem que possuir 18 anos de idade ou mais e que a diferença entre o adotante e adotado deve haver uma diferença mínima de dezesseis anos de idade, vide §3º, do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No que se refere à idade, quando um casal intentar a adoção, basta um deles preencher o requisito no tocante a idade.

Os legitimados para adotar poderá ser um casal, ou aqueles que vivem em união estável, ou ainda, por qualquer pessoa, conforme art.42 § 2º do Estatuto da Criança e do

Adolescente: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

Vale lembrar que no art. 44, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, se o menor tiver mais de doze anos de idade, faz-se mister o seu consentimento. Se os pais do adotado forem conhecidos, necessário será à anuência pela adoção, salvo na hipótese de destituição do poder familiar.

Interessante que os divorciados e os separados também podem adotar, ressalvado no processo de adoção que fique estipulado as visitas e a guarda, lembrando que o estágio de convivência tem que ser iniciado durante a vivencia conjunta do casal.

Vale suscitar que toda adoção é antecedida por um estágio de convivência e este período será dito pelo juiz em sentença.

7.3 QUEM PODE ADOTAR

A adoção será permitida àquele que tiver dezoito anos de idade, que seja no mínimo dezesseis anos mais velho do que aquele que venha adotar. Vale dizer que os divorciados ou os separados como já dito, também podem adotar de forma conjunta, todavia, levando em consideração que o processo de adoção, ou melhor, que a vivencia dos adotantes com o adotado tenha se iniciado na constância da vida conjugal. Valendo acordarem a guarda do menor e o regime de visitas.

Poderá, também, adotar, o indivíduo que estabelecer um vínculo de afetividade no que diz respeito à maternidade e paternidade, um com o filho do outro.

7.4 DO MAIOR INTERESSE DO MENOR

Em meados de 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança dizia que este princípio em comento tivesse status de fundamental, todavia, só no ano de 1889 que foi aprovado pela ONU, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que deu maior abrangência ao Princípio do Melhor Interesse. O princípio em questão tem que estar em arcabouço legal, mas não só, mas ainda, em qualquer dispositivo relacionado ao menor. Vale

explicar que esta Convenção foi ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 99.710/90, agregando tal princípio ao ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio está previsto na constituição brasileira em seu art. 227 e, ainda, o art. 4º do ECA. Assim, resta demonstrado que o poder legislativo tem por obrigação fazer leis sempre que beneficiam o menor, seja em qualquer relação, mas que a lei seja de cunho protetiva.

Messias (*apud* Silva, 2010) “alerta que a concepção de melhor interesse do menor trata-se de cláusula geral devido à variedade de seu conteúdo e que, portanto, cabe ao magistrado interpretá-lo diante do caso concreto”.

Insta dizer que por derradeiro o magistrado faz interpretações errôneas, de cunho religioso, moral, e assim, não decida o caso concreto vislumbrando, de fato, o interesse do menor, e negando, por exemplo, a adoção por pares de mesmo sexo, por isso, essa subjetividade de julgar é um tanto perigosa, pois o que tem que considerar é o seio familiar em que a criança será posta, se o casal preenche os requisitos necessários, e ainda mais, se o menor receberá todo carinho e afeto pelos pais que a quer.

No entendimento de Fachin (*apud* Silva, 2010) traduz elementos que merecem atenção concernente ao melhor interesse do menor, referente a aprovação de adoções ou até mesmo guarda:

o amor e os laços afetivos entre o titular da guarda e a criança; - a habitualidade do titular da guarda de dar à criança amor e orientação; - a habilidade do titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários); - qualquer padrão de vida estabelecido; - a saúde do titular da guarda; - o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; - a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião.

Logo, como visto, a sexualidade não é impedimento para que se exerça a paternidade ou a maternidade e, nem mesmo, a condição de sustento do menor e ainda mais, a atenção psíquica.

8 ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS/HOMOAfetivos

A adoção por qualquer pessoa que seja tem que ser concedida, quando constatado por estudo psicossocial que a inserção em uma família, em especial a homoafetiva, é mais benéfico para o menor.

8.1 HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade é tão antiga quanto à heterossexualidade. Na Grécia não se falava em proibições no que se refere à prática da sexualidade, na realidade, a prática homoafetiva, era para aqueles mais abastados, conforme se infere de Silva (2010, p. 01).

A homossexualidade era vista como algo mais virtuoso que a própria heterossexualidade, uma vez que essa era com o fito único de procriar-se. A mesma autora ainda menciona que a homossexualidade era tida como superior, pois, estava ligada à intelectualidade, a estética corporal e, também, a ética comportamental. Tinha como associação a aquisição e transmissão da sabedoria, era prática aceita e, também, recomendável.

Naquela época, os adolescentes procuravam um mestre para que fossem iniciados na arte da retórica e, também, da oratória. O escolhido pelo preceptor - aquele que compete acompanhar e orientar na educação de um adolescente – era tido como uma grandiosa honra. Vale esclarecer que tais adolescentes eram conhecidos como efebos². Nessa troca de conhecimento, do preceptor (mestre) para com os jovens (efebos), estes ofertavam favores sexuais, porque tinham em mente que isso majorava suas habilidades políticas e as militares e, ao mesmo tempo, uma transferência refinada de educação. Na Grécia antiga, a educação de um púbere mesclava a virilidade e a homossexualidade (FERNANDES *apud* SILVA, 2010, p. 01).

Assim, não existia preconceito das relações sexuais oriundas de pessoas do mesmo sexo.

Já no território romano, a homossexualidade era permitida com determinadas restrições, uma vez que a homofolia³ ativa era equiparada às relações entre casais do mesmo sexo. Aquele que por ventura praticasse a homofolia passiva tinha *status* de escravo, tendo que submeter ao preconceito e, do mesmo modo, a censura oficial (SAPKO *apud*, SILVA, 2010, p. 01).

² Na Grécia antiga, adolescente de 18 a 20 anos; jovem, adolescente.

³ Viver em agrupamento com pessoas de ambos os sexos, ter relações sexuais com pares de igual sexo.

Aqueles que praticavam a passividade na relação sexual em Roma eram os escravos, podendo seus senhores ter relações com eles, mas sempre, desempenhando, no momento do coito, sendo apenas ativo, uma vez que, sobre a passividade era entranhada de preconceitos, pois era o papel da mulher (DAGNESE *apud*, SILVA, 2010, p. 01).

Há de se destacar que por expressa previsão constitucional, o poder constituinte originário vislumbrou a necessidade de se reconhecer as relações afetivas fora do casamento, conforme bem destaca Dias (2009, p. 187). Nessa esteira, o legislador achou por bem dar uma atenção especial às entidades familiares compostas por um dos pais e seus filhos, ou mesmo, aquelas onde se tem um homem e uma mulher, tendo-se, portanto, a união estável.

Insta salientar que esse rol não se resume a essas duas entidades familiares mencionadas, vez que, são inúmeras as formas que podem e devem ser tuteladas.

Com o atual marco teórico, no qual se está inserido no presente momento, qual seja, Estado Democrático de Direito, tem-se um novo conceito de família, e a cada vez mais há um progresso na conceituação do que é Família. É inadmissível que se pense em família da mesma forma que era trazida e defendida antes do novo Código Civil e da Constituição Brasileira de 1988.

Por isso, com as evoluções nas relações humanas, tem se defendido a família sendo aquela baseada na afetividade. Desta forma, será perfeitamente concebível que se tenha famílias em que não esteja presente a diversidade de sexos, uma vez que, estejam presentes os requisitos para a formação da família.

Nessa esteira, presente o vínculo da afetividade tem-se o dever de buscar incessantemente a tutela estatal, objetivando a proteção da entidade familiar, pois como visto, na Norma Maior brasileira, apresenta-se como princípio fundamental, o da Dignidade da Pessoa Humana.

8.2 A VISÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES – BASE AFETIVA

As Uniões Homoafetivas vêm ganhando cada vez mais visibilidade, pois as pessoas relacionam entre em busca da felicidade plena.

É totalmente razoável que as uniões de casais do mesmo sexo sejam tidas como entidades familiares, pois de fato são, mesmo que exista entendimento a contrário censo, pois estão ligadas umbilicalmente pelo amor, afeto, e possuem no mínimo, todos os requisitos de

uma união estável, que hoje, sem qualquer questionamento é uma entidade familiar, que por sua vez, tem proteção especial constitucional.

Nesse sentido o STF foi chamado para se manifestar acerca da constitucionalidade ou não da União Homoafetiva. Assim, “ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e também, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo” (STF. 2010).

Os ministros da Corte Maior foram chamados para apreciarem a redação do art. 1723 do Código Civil e, por unanimidade, excluíram qualquer interpretação que invalide o reconhecimento de união estável entre pessoas no mesmo que vivam em união duradoura, contínua e pública, ou seja, houve o reconhecimento de uma nova entidade familiar.

Assim, mesmo com a omissão do legislador essa nova entidade familiar reconhecida pelo STF, passam a ter todos os direitos que uma entidade familiar heterossexual possui.

8.3 ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por todos os princípios constitucionais abordados, pela análise psicológica e social, entende-se totalmente possível que os casais homoafetivos possam adotar uma criança e/ou adolescente.

Essa possibilidade seria com base nos princípios constitucionais, pois todos devem viver dignamente e ter um lar para morar, onde a criança tenha todo o aparato de uma família e especial proteção pelo Estado.

O princípio da Igualdade tem que ser levado em conta no que se refere que todos têm o direito de viver em um seio familiar e o que esta em tese é o direito do menor e ter uma família onde lhe dê valores, que lhe proporcione, de forma digna e igualitária de viver em um âmbito familiar.

Esta igualdade é buscada para criança, pois o seu interesse tem prevalência. O judiciário não pode fechar os olhos para essas situações que a cada dia mais se tornam corriqueiras e merece proteção, pois a Norma Maior há de ser interpretada de forma a expandir os direitos e não o inverso. Insta mencionar que a Constituição deve ser interpretada de acordo com os anseios da sociedade, pois o juiz ao dar sua decisão tem que dar um sentido atual, não se atendo a aspectos religiosos e morais, onde setores entendem que é muito melhor uma criança ficar sem uma família do que ser inserida em uma homoafetiva. Lembrando que

tem que interpretar a normas de forma mais benéfica ao menor, saindo do ostracismo, e não dando interpretações anacrônicas.

No que se refere ao campo psicológico a psicóloga Weber (*apud* Silva, 2010), “expõe algumas pesquisas internacionais sobre a adoção homossexual. Nenhuma delas traz evidências negativas, ao contrário, apresentam dados positivos”.

Em pesquisa, McIntyre (*apud* Silva, 2010):

faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto casais tradicionais.

Assim, o que importa não é como a família é composta, mas sim, como se vive, se existe o respeito mútuo, de que forma o poder familiar é exercido.

Para evidenciar a possibilidade da adoção, Silva Junior (*apud* Silva, 2010) cita que:

a Academia Americana de Pediatria, que congrega mais de 55 mil pediatras, emitiu parecer, após duas décadas de estudos e várias revisões, posicionando-se favoravelmente a adoção de menores por homossexuais. Concluiu que os filhos de pais homossexuais são tão bem equilibrados social e psicologicamente quanto os filhos de pais heterossexuais

Atualmente, no Brasil muito se tem falado, os julgamentos eram todos contrários à adoção por pares homoafetivos, no entanto, recentemente um julgado do STJ abriu precedentes para aqueles que se relacionam com pessoas de mesmo sexo poderem adotar, sendo tal decisão um marco no ramo do Direito de Família, em especial para aqueles que tanto sonham em completar a entidade familiar.

Nesse sentido, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (2010) negou o recurso da Promotoria: “Por unanimidade, os ministros negaram recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e mantiveram a decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres”. O relator da honrosa decisão, Luis Felipe Salomão pronunciou o que o Supremo Tribunal vem asseverando (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010):

nos casos de adoção, deve prevalecer sem o melhor interesse da criança. “Esse julgamento é muito importante para dar dignidade ao ser humano, para o casal e para as crianças”, afirmou.

Assim, percebe-se que o que de fato tem que se levar em com é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Melhor Interesse do Menor.

É extremamente absurdo que entidades com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB, como grande formadora de opinião venha criticar a respeitosa decisão da Corte

Superior e veicular o posicionamento seguinte: “tira da criança a possibilidade de crescer em um ambiente familiar formado por pai e mãe, afirma o padre Luiz Antônio Bento” (Folha Online, 2010). Tal entendimento é equivocado, pois, estudos psicológicos informam que crianças inseridas em famílias onde tenham como os genitores, pessoas de mesmo sexo, não prejudicam de forma alguma a formação da criança, se assim fosse como ficariam as crianças criadas somente pela mãe ou pelo pai? Por isso a opinião externalizada não merece apreciação alguma. O mesmo padre diz que “o que é legal não quer dizer que seja moral e ético e que a adoção por pares homoafetivos fere o direito da criança de crescer nessa referência familiar”. O representante da igreja ainda diz que “as crianças têm o direito de conviver com as figuras masculinas e femininas no papel de pais” (Folha Online, 2010).

Já Capetti, diretor-executivo da Federação Espírita Brasileira (FEB) tem um entendimento totalmente antagônico do representante do CNBB:

discorda de que a adoção por um casal gay pode ter efeitos negativos sobre a criança. "O mais importante em termos de educação e família é o amor. Com ele, não se entra na questão da sexualidade" (Folha Online, 2010).

Sobre as opiniões do representante da CNBB, vale salientar que as mesmas não estão na esfera do judiciário e, ainda mais, as apreciações de valores religiosos, vez que o Estado é laico e o que de fato tem que ser levado em consideração e que uma pessoa possa viver em um seio familiar.

Mas o diretor-executivo da FEB tem um entendimento totalmente adequado ao atual marco teórico, veja-se:

A criança necessita de um [lar](#), de amor, de estruturação, independentemente da orientação sexual dos pais. Esse não é o ponto mais importante. O que vale é o comprometimento e a responsabilidade com a criança a ser adotada. Não vai ser fácil novas adoções, mas essa decisão foi um importante precedente que deve servir de paradigma para os próximos casos (LESSA, 2010).

Como se vê esse entendimento vem corroborar com os princípios norteadores previstos na Carta Política Brasileira.

E para não pairar qualquer dúvida, o STF em maio de 2011 estendeu a união estável para os casais de mesmo sexo, cobrindo a lacuna deixada pelo legislador.

9 CONCLUSÃO

Para se falar de adoção por casais homoafetivos, faz-se mister dizer que não há previsão expressa para que se efetive a adoção por tais casais. No entanto, não é porque existe tal omissão na lei, que não se pode adotar, pois é uma relação importante no mundo jurídico produzindo consequências, sendo cabível a tutela jurídica.

Como ficou demonstrado que psicologicamente não há prejuízo para o adotado, entende-se que a adoção por pares homossexuais é totalmente possível, vez que há estudos que afirmam que não prejuízo algum para o menor, muito pelo contrário.

Juridicamente também é possível, vez que embora haja a omissão do legislador em disciplinar tal situação, não há na Constituição Federal a proibição.

Nesse mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal entende que a união estável não é mais apenas para homem e mulher, mas também, para pessoas do mesmo sexo. Sendo assim, sendo estendidos todos os direitos dos que vivem em união estável para essa nova entidade familiar, e com ela, vem conseqüentemente o direito à adoção, não restando mais qualquer tipo de questionamento no que tange ao direito da possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

Diante dos princípios constitucionais, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Liberdade, Afetividade e Melhor Interesse no Menor, e segundo entendimento do STF é fácil vislumbrar a adoção pelos casais homoafetivos.

ABSTRACT

This work Completion of course deals with the issue of adoption by homosexual couples. The study drew on exploratory research and literature to support the work. The study of the theme was developed based on existing materials such as books, scientific papers, in print and virtual, as well as periodicals, among others. This work has used the deductive method to analyze existing laws based on the rejection that the homosexual couples suffer, proving that the adoption is done by them as legitimate as heterosexual couples by showing up the contradictions and legal, too, that the understandings contrasted with the democratic rule of law. For the thesis of this monograph was used, too, the historical method, analyzing the various concepts, in relation to family law, along the walk of society and from the advent of the 1988 Brazilian Constitution, and the method of indirect documentation in respect to branch of the Family Law, the Statute of Children and Adolescents, and yet, the new Law of

Adoption (12.010/2009) and a brief psychological approach to demonstrate that there is no harm to the child that is inserted in a family where has as parents, same sex. To demonstrate the difficulty faced by homosexual couples and heterosexual, with regard to adoption, was made using the comparative method, checking the dichotomies and difficulties, both social and legal. The work brought up the struggles that homosexual couples suffer because of their sexual orientation. However, attempts to demonstrate that it is entirely feasible the adoption by that minority, because if not, will be going against the principle of equality, and even more, of Affection, the Dignity of the Human Person and the Best Interest of Minor, among others.

Keywords: Family Law. Adoption. Homosexual Couples. Best Interests of Children. Possibility.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre Estado Democrático de Direito**. 2005. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>> Acesso em: 13 mai. 2010.

BENTO, Luiz Antônio. CNBB critica decisão que permite adoção de crianças por gays. **Folha Online**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u727623.shtml>>. Acesso em: 27 mai. 2010.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2002.

BORGES, Maria Luiza Soares Ferreira. Função materna e função paterna, suas vivências na atualidade. Disponível em: <http://www.btdt.ufu.br/tde_arquivos/21/TDE-2005-12-21T145321Z-63/Publico/MBorgesDISSPRT.pdf>. Acesso em 27 de mai. 2010.

BRASIL, Clube Jurídico do. **CC - Art. 1634** - Do Exercício do Poder Familiar. Clubjus, Brasília-DF: 21 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=3.3062>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília- DF: 27 de abr. 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931>. Acesso em: 25 mai. 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília- DF: 05 de mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 20 de mai. 2012.

CARDOSO, Aloisio Antonio. Grupo união quer conscientizar uberabenses no dia internacional de combate à homofobia. *Jornal da manhã*, Uberaba, p. 03, 17 mai. 2010.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

COMEL, Denise Damo. **Poder familiar**: titularidade. Inconstitucionalidade da primeira parte do caput do art. 1.631 do Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 363, 5 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5414>>. Acesso em: 23 mai. 2010.

COSTANZE, Bueno Advogados. **O que é poder familiar?**. Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos, 09 de jun. de 2007. Disponível em: <http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=306&Itemid=27>. Acesso em: 24 mai. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/efebo/>> Acesso em: 04 mai. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VI: direito de família. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

LESSA, Pedro. Casais gays comemoram decisão do STJ. **O imparcial online**. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.oimparcialonline.com.br/noticias.php?id=43469>>. Acesso em: 27 mai. 2010.

MELLO, Robson. **Sobre a função paterna**. 08 de ago. 2008. Disponível em: <<http://www.gerandoamor.org.br/wordpress/?p=86>>. Acesso em: 25 mai. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SIGNORELLI, Élide Camargo. **Função materna e função paterna**. 25 de jun. 2003. Disponível em: <<http://www.integral.br/artigos/resultado.asp?categoria=43&codigo=56>>. Acesso em: 25 mai. 2010.

SILVA, Danielli Gomes Lamenha e. **Direito à adoção de crianças e adolescentes por pares homossexuais**. Uma realidade sócio-jurídica em construção no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2461, 28 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14587>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. (até emenda constitucional n. 57, de 18-12-2008). Malheiros Editores, 2009.

THOREAU, Henry David. **Citador**. Disponível em: <<http://www.citador.pt/search.php>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.