

**FACULDADE REINALDO RAMOS
CURSO DE DIREITO**

MARIA LUIZA MOREIRA DA SILVEIRA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA
CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.**

Campina Grande - PB
2010

MARIA LUIZA MOREIRA DA SILVEIRA

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA
CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Profº Esp Valfredo Andrade Aguiar Filho

Campina Grande - PB
2010

MARIA LUIZA MOREIRA DA SILVEIRA

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA NOVA
CONCPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.**

Aprovada em 16 de Dezembro de 2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Valfredo de Andrade Aguiar Filho -FARR
Orientador

Profª Esp. Marília D F Oliveira Leal - FARR
1º Examinador

Profº Esp. Rodrigo Reul - FARR
2º Examinador

Profª Ms. Mary Delane G. da Costa - FARR
3º Examinador

Dedico este trabalho às duas pessoas mais importantes da minha vida e responsáveis pela minha existência. Pessoas a quem muitas vezes fiz chorar, mas que sempre estiveram torcendo por mim e me ensinaram que nunca é tarde para conquistar novos sonhos e sempre vale a pena recomeçar: meu pai, Fernando Silveira e minha, Mãe Gisélia. Minha vitória é de vocês, hoje e sempre.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus – do qual todas as coisas dependem. Por sua infinita misericórdia e bondade em conduzir minha vida.

Ao meu orientador, Walfredo, por todo apoio, auxílio e dedicação, na elaboração deste trabalho.

A minha querida professora, Mary Delane, pela generosidade e compreensão no decorrer deste trabalho. Por me auxiliar a superar as dificuldades.

Aos professores: Iasley, Felix, Marília, Dimitri, Carolina, Daniel, Diogo, Felipe, Demétrius, Flávio e a todos os outros que estiveram comigo nessa caminhada árdua, mas gratificante, meu carinho eterno.

A minha Tia Socorro, a quem considero como segunda mãe, tia querida, que me ajudou nos momentos mais difíceis.

Ao meu irmão, José Elias, que mesmo com “todo abuso do mundo” também me ajudou nessa grande conquista e torceu por mim.

Ao meu marido Lucas cujo amor me fez ver que nunca estou só

As minhas Amigas Roseane e Níobe, companheiras fieis que em todos os momentos difíceis me apoiaram e me ajudaram a seguir em frente com todo o carinho e a confiança que uma verdadeira amizade exige.

A todos os meus colegas de sala de aula, pelo companheirismo desses cinco anos

Aos meus pais. Sem eles eu não estaria aqui, a eles o meu “muito obrigada” por confiar em mim.

Enfim, a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste trabalho, meus sinceros agradecimentos.

A justiça só é justa, quando os seus juízes, sem medo e preconceitos, adquirem a consciência de que a sua missão é proteger a todos a quem a sociedade vira o rosto e a lei insiste em não ver.

(Maria Berenice Dias)

RESUMO

A presente monografia abordará os princípios constitucionais, a evolução da família e a viabilidade da adoção por casais homoafetivos, concluindo-se que o sistema jurídico brasileiro precisa regular a adoção homossexual, não comparando essas uniões com as heterossexuais, mas, sim, através de um ordenamento próprio. Para a coleta e análise dos dados fez-se uso de um levantamento de dados, que abrangeu a leitura, a análise e interpretação de livros, periódicos, textos legais etc., divididas em fontes primárias e secundárias. Tendo em vista que as relações familiares sofreram significativas alterações ao longo dos anos, é importante que o Direito acompanhe essas modificações, na medida em que é, através do direito, que essas novas relações irão ser tuteladas. Dentre essas novas relações familiares encontra-se as uniões homossexuais, que estão cada vez mais presentes na nossa sociedade. Tão importante quanto tutelar tais uniões, é permitir a essas pessoas a possibilidade de adotar, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e do maior interesse da criança. Para o direitos todos são iguais, portanto, descriminar casais por serem formados por pessoas do mesmo sexo, fere os direitos constitucionais do indivíduo. Apesar do preconceito e de inúmeros tabus, cabe aos operadores do Direito, a tarefa de abandonar conceitos pré-estabelecidos para que possamos fazer justiça e proteger aqueles que possuem, sim, condições de formar uma família, independente da sua orientação sexual, pois conforme ficará demonstrado neste trabalho, o fator decisivo para a criação de uma criança, para o caráter de um indivíduo, é o afeto.

Palavras-chave: Homossexualidade. Adoção. Família. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This paper will present the history of homosexuality, the constitutional principles, family evolution and the possibility of adoption by homosexual parents concluding that the Brazilian judiciary system needs to legalize this situation not having as paradigm heterosexual unions, but through a specific order. Family relations have suffered enormous transformations through the years. For the collection and analysis was done using a data collection, which included reading, analysis and interpretation of books, periodicals, texts etc.. Divided into primary and secondary sources. It is important that The Law perceives them because through it these transformations will be validated. Transformations such as homosexual unions which are increasingly present in our society. As to protect these unions is to allow the homosexual couple to adopt children, taking into account the principle of dignity, and not of the discrimination. The well being of these children is very important. In spite of some prejudice and taboos, it is our role as part of the legal system to abandon pre-established ideas in order to demand justice and protect those who have means to raise a family, apart from their sexual tendency.

Key-Words: Homosexuality. Adoption. Family. Constitutional Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Art.	Artigo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça.
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....	15
2.1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA ATRAVÉS DO TEMPO.....	15
2.1.1 O novo conceito de família a partir das mudanças no decurso do tempo.....	17
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA.....	19
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	20
2.2.2 Princípio da solidariedade familiar.....	21
2.2.3 Princípio da afetividade.....	22
2.3 OS NOVOS MOLDES DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....	23
2.4 O AFETO COMO FORMADOR DA FAMÍLIA.....	24
2.4.1 Família homoafetiva.....	27
3. ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO NO BRASIL.....	34
3.1.2 Conceito de adoção.....	38
3.1.3 Natureza jurídica da adoção.....	40
3.1.4 Características da adoção.....	43
3.1.5 Requisitos legais da adoção no Brasil.....	45
3.1.5.1 Requisitos dos adotantes.....	45
3.1.7 Consentimento do adotado.....	49
3.1.8 Efeitos da adoção.....	51
4 METODOLOGIA E ANÁLISE DE CONTEÚDO.....	56
4.1 Aspectos metodológicos.....	56
5 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NA NOVA CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....	58
5.1 CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA ADOÇÃO NO BRASIL.....	58
5.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	61
5.2.1 Princípio da inafastabilidade do poder judiciário e a adoção por casais homoafetivos...61	
5.2.2 Princípio do melhor interesse da criança, na adoção por casais homoafetivos	63
5.2.3 Princípio da igualdade, no enfoque da adoção por casais homoafetivos.....	65

5.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana na da adoção por casais homoafetivos.....	66
5.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS	67
6 CONCLUSÃO	75
7 REFERÊNCIAS	77
ANEXO A - Jurisprudências Reconhecendo a União Homoafetiva como União Estável	80
ANEXO B - Jurisprudências Favoráveis a Adoção por Casais Homoafetivos	82

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar da nova concepção da família brasileira e da adoção por pares homossexuais. O objetivo geral deste trabalho é analisar juridicamente a adoção por casais homoafetivos e a possibilidade para que a mesma ocorra, os objetivos específicos consistem em verificar as implicações jurídicas que impossibilita a adoção por pares homoafetivos e analisar se a ausência de regulamentação legal para a adoção por casais homoafetivos fere os direitos constitucionais dessa classe. Por fim, o problema do presente trabalho é analisar qual a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos perante as leis brasileiras?

Juridicamente, não há legislação pertinente que proíba a adoção por casais homoafetivos, entretanto, não existe uma legislação que regularize explicitamente. Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, levar em conta itens realmente relevantes para a criança e não a sexualidade dos adotantes.

Sabe-se que o conceito de família evoluiu com o passar dos anos. Antes, o poder familiar era exclusivo do pai, ao contrário do que ocorre atualmente, em que se verifica que o poder se divide entre os cônjuges. A família se constituía exclusivamente pelo casamento, realidade que mudou. Hoje, existem novos moldes de família e, dentre as várias transformações ocorridas, pode-se destacar o surgimento e o reconhecimento de novas entidades familiares, como as famílias formadas a partir da união estável, as famílias monoparentais e a família unipessoal.

A afetividade ganha relevância na nova forma de se constituir família, em que o que importa não é mais só os laços sanguíneos, mas os laços de afetividade que envolve as pessoas. A definição de família necessita ser reelaborada, frente às transformações por que passou a sociedade.

Neste contexto, vislumbra-se a adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais, fato que se mostra cada vez mais presente no cotidiano da sociedade. Todavia, trata-se de uma questão bastante polêmica, permeada de preconceitos que ainda existem intrínsecos na mente humana com relação à escolha sexual, julgada como diferente, frente a pessoas que optam pela união afetiva e sexual com pessoas do mesmo sexo.

A homoafetividade vem adquirindo transparência e, aos poucos, aceitação social. Cada vez mais, gays e lésbicas estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização de um sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar ao par, o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homoafetivos. Juridicamente, não há legislação pertinente que proíba a adoção por pares homoafetivos, entretanto não existe nenhum quem a regularize. A adoção é um ato não só jurídico, mas principalmente um ato de amor, em que, pela afetividade, unem-se pessoas de famílias distintas, na intenção de constituir uma única família.

O mundo está se transformando rapidamente. Velhos conceitos cedem lugar a novos; preceitos antigos acerca das relações humanas pulverizam-se ante a busca da felicidade plena, conduzindo os seres humanos à liberdade de escolha de seus parceiros sexuais.

A adoção é uma das várias questões que, por não serem reguladas por lei, causam restrições à vida desses indivíduos. É viável, portanto, que juristas garantam esse direito a pares homossexuais, para que estes possam a vir constituir uma família, o que vai ao encontro do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para buscar compreender todas as questões subjacentes às discussões em torno dessa nova família formada por casais do mesmo sexo que decidem adotar uma criança, realizamos este trabalho monográfico que foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata da evolução da família brasileira através do tempo, identificando seus conceitos, suas características, os princípios que norteiam a formação da família. Aqui, serão demonstradas as mudanças que ocorreram na família brasileira, evidenciando os novos modelos atualmente existentes, diferentes dos convencionais. O segundo capítulo trata da evolução histórica da adoção, seu conceito, sua natureza jurídica, características, efeitos e requisitos. O terceiro capítulo trata da metodologia usada para se chegar aos resultados deste estudo, feito através de pesquisa bibliográfica, da análise da legislação vigente, assim como da avaliação da postura adotada pela doutrina e jurisprudência brasileira acerca da matéria. O quarto e último capítulo trata especificamente da adoção por casais homoafetivos. Primeiramente, será abordada a construção da adoção no Brasil, passando em seguida a analisar os fundamentos constitucionais acerca da adoção por pares

homoafetivos e encerrando com a análise da possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos.

Por fim, este trabalho monográfico se encerra com a conclusão, onde serão apresentados os pontos conclusivos desse trabalho, seguido da estimulação da continuidade dos estudos e da reflexão a respeito da adoção por casais homoafetivos.

2 A CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

2.1 A Evolução da Família Brasileira Através do Tempo

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano. Historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, a família já existia como grupo organizado constituído por um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum, ou através do matrimônio.

Pelo código civil de 1916, a família juridicamente protegida era aquela, fruto do casamento civil cuja hierarquia privilegiava o poder do marido, pátrio poder, com valores tradicionais, em que a mulher era posta em relativa situação de submissão. (LOBO, 2009)

Desse modo, foram ignoradas pelo legislador de 1916 as uniões de caráter convencional, de companheirismo, não reservando qualquer direito às uniões que não fossem formuladas por intermédio do casamento, como concubinato e união estável.

Durante décadas, a legislação brasileira vem protegendo e privilegiando a instituição família por laços de sangue, vedando e criando empecilhos para a dissolução da relação conjugal e para adoção. Nesse sentido, a legislação não avançou, contrapondo-se a uma sociedade cuja noção de família passou por uma verdadeira revolução antropológica.

A Constituição Federal de 1934 foi à primeira no Brasil a dedicar um capítulo à família, mas, no entanto, pouco foi modificado em relação ao diploma civil de 1916, sendo mantida a estrutura patriarcal e o casamento como forma exclusiva para a formação da família, além do mesmo tratamento dado aos filhos fora do casamento e aos havidos por adoção onde estes não tinham direitos de filho e nem direitos sucessórios, não poderiam competir em igualdade com os filhos legítimos, como também a ausência de referências dadas ao companheirismo, seja ela por concubinato ou união estável. (LOBO, 2009)

Mesmo assim, com as diversas alterações constitucionais e legislativas, desde a promulgação do código civil de 1916 até o advento da Constituição Federal de 1988, a única instituição reconhecida como familiar, era o casamento. A união estável e o concubinato eram ignorados pelo legislador e a adoção era relegada a segundo plano, por meio de expressas diferenças de direito e de tratamento entre os filhos sanguíneos e os adotados. As relações familiares movidas pelo afeto não possuíam respaldo político.

A Constituição Federal de 1988 tratou de forma especial aos direitos e deveres da família, trazendo um capítulo destinado exclusivamente a esse ramo do direito. Ao mesmo tempo em que a nova constituição sancionou normas e garantias já existentes no ordenamento jurídico, veio invocar direitos e garantias antes negadas ao instituto familiar, como a união estável, como também vedou qualquer diferença aos filhos havidos fora do casamento ou por adoção. (LÔBO, 2009)

A constituição Federal de 1988 foi o primeiro dispositivo jurídico brasileiro a reconhecer o afeto como formador da família, sem distinção aos laços decorrentes do casamento ou de sangue.

O afeto, enquanto formador da família está, portanto, diretamente ligado à adoção e às relações de convivência, como união estável. Uma vez que estas relações não dependem de laços de consangüinidade, a formalidade dos pressupostos da adoção é resultado exclusivo do afeto demonstrado pelos pais.

Com a evolução da sociedade, temos hoje a aplicação dos direitos dados não só ao casamento dito de papel passado, como à união declarada estável e à adoção, definida previamente por lei, onde se considera não só os laços de sangue, mas também a relação de afeto.

A família do século XXI apresentou-se multifacetária, contrária ao modelo amparado até o século XX. O indivíduo começou a buscar sua própria realização, deixando aos poucos os moldes de vivência, antes estabelecidos pela sociedade.

A família deixa de ser uma entidade pré estabelecida e cheia de requisitos, para se tornar um local de satisfação e realização do ser humano, onde o mais importante é o amor e o afeto, e não os laços sanguíneos.

A família moderna é formada a partir dos laços de afeto e não mais a partir de convenções como o instituto do matrimônio e o mais importante é que essa liberdade é reconhecida constitucionalmente, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o que vem a proteger essas famílias das incansáveis discriminações que ainda subsistem na nossa sociedade.

2.1.1 O Novo conceito de família brasileira a partir das mudanças no decurso do tempo.

O Brasil é um país que possui vários modelos de estruturas familiares. Verifica-se, porém, que ainda existe uma preocupação tradicional, por parte dos pais, de constituir a família e de preparar os filhos para o mundo.

As construções familiares no Brasil são diversas, nenhuma pode ser considerada mais adequada que outra. O princípio que norteia esta instituição deveria ser único em qualquer forma de apresentação que ela venha a aparecer: o afeto. É necessário que preconceitos e pensamentos pautados em valores familiares antigos deem espaço para novas visões e conceitos.

Para termos uma visão mais nítida da sociedade em que vivemos, é preciso expandir nossos olhares para as possibilidades que surgem a todo o momento, e estas possibilidades podem ser encontradas no seio da família, seja qual for a forma em que esta se compõe.

Logo que se fala em família, pensa-se nos laços mais estreitos existentes entre os indivíduos. Conforme Nahas (2006, p. 61) “encontra-se na família uma posição intermediária entre a sociedade e o indivíduo, portanto sua caracterização depende do encontro de seu lado social e individual”.

Já para Euclides Oliveira (2003, p. 23):

A família se constitui na primeira e principal forma de grupamento humano, preexistindo à própria organização jurídica da vida e sociedade, diferentes são os sentidos do termo família. Decorre das regras do Direito Natural, pelo efeito instintivo de preservação do ser humano, e é por esse motivo que a CF 88 definia como a ‘base da sociedade’ digna de especial proteção do estado.

O indivíduo quando nasce, faz parte de um grupo constituído por membros geralmente consanguíneos. Quando cresce, esse indivíduo se relaciona com outros grupos familiares e, apesar de criar novas entidades, não se desvincula da primeira. Portanto, a sociedade é formada por grupos naturais, as chamadas famílias. É onde o homem nasce, vive e se reproduz, onde obtém condições para alcançar realização material, intelectual e espiritual, principalmente através do afeto que dedica aos outros membros de seu grupo.

A partir da Constituição de 1988, a família passou a ser um ente livre perante todos e que vive em busca da felicidade de seus membros, já que a Constituição Federal de 1988 preza pela satisfação da pessoa humana.

Sob o ponto de vista do direito, a família é formada por duas estruturas associadas: o vínculo e os grupos. Há três tipos de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculo de sangue, vínculo de direito e vínculo de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes afins) (RODRIGUES, 2008)

Para Pires (1997 p. 17), a família:

Sempre fora exigida determinadas formalidades para que se pudesse conceituar família, nos mais diversos níveis de evolução sócio-cultural e diferentes sistemas legais, mais que não é menos verdadeiro, que o impulso inicial, a condição inicial para que se perceba o surgimento de qualquer núcleo familiar, resumem-se em necessidade fisiológicas, glandulares e harmônicas, posteriormente também em uma tradução intelectual, das necessidades físicas que logramos, denominar afetividade, elementos sem os quais, certamente mesmo preenchendo os requisitos se os ditames legais e morais de qualquer época, ou eivados de qualquer filosofia, não haveríamos de vislumbrar composta qualquer entidade familiar.

Já segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 99), “no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade chegando a incluir estranhos”, corroborando com o disposto no art. 1412, §2º do CC”:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, obrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação” complementa (DINIZ 2008, p.10)

Para Rodrigues (2008, p. 5), “a família, numa definição mais ampla, é aquela formada por todas as pessoas ligadas por vínculos consangüíneos, ou seja, as provindas de um tronco ancestral comum, correspondendo dessa forma a todos os parentes de sangue”.

Hironaka (1999, p. 7) afirma que:

Não é a posição que o indivíduo ocupa na família, ou a qual tipo de grupo familiar ele pertence, o que importa é pertencer a sua parte mais íntima, e esta idealizado naquele lugar onde é possível idealizar sentimentos, valores e se sentir realizado ao seu projeto de felicidade.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, define família como a base da sociedade, a qual deve ter especial proteção do estado. Nada mais é senão, uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível, portanto, desconsiderar qualquer entidade que satisfaça os requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade.

Depois da constituição de 1988, a família passou a possuir interligação através de um núcleo afetivo entre duas pessoas que buscam dividir seus objetivos, sonhos, anseios, sem mais a necessidade do casamento para sua constituição.

Assim, para o direito, família consiste na organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

2.2 Princípios norteadores da formação da família

Com a modernização das relações familiares, várias foram as adaptações para atender a preservação da coesão familiar e dos valores culturais, dentre as quais, os princípios defendidos pela Constituição Federal de 1988.

Silva (1999, p, 39-40) entende por princípios

[...] as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam um conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

No sentido mais literal, princípio quer dizer início ou começo de alguma coisa. Quando se fala em princípio pode-se observar que, para grande parte dos doutrinadores, o princípio é uma espécie de norma. Para Canotilho e Moreira “Princípio são ordenações que irradiam os sistemas de normas, são condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais.” (apud SILVA, 2001, p. 96).

Os princípios são indispensáveis para a aplicação adequada da lei, servindo de base para uma boa compreensão jurídica, dando sustentação à vida de toda sociedade.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio constitucional da dignidade passou a servir de base nas relações da família, o que implicou efetivamente na consolidação da valorização do indivíduo integrante da instituição familiar como ser em sua individualidade, devendo ser respeitado e atendido nas suas necessidades mais gritantes.

O aspecto personalista leva em consideração a importância de cada indivíduo e sua dignidade como sendo um princípio absoluto de maior valoração sobre todos os outros, sendo a dignidade deste ser, superior a qualquer interesse coletivo. Há de se evidenciar que existem também os doutrinadores que adotam a postura da valoração, sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana seria então o mais alto grau valorativo.

Para Gama (2003 p. 131) “A Dignidade é, portanto, valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio da comunidade, como sujeito moral”.

Segundo a autora Dias (2009, p. 61)

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Pode se perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva.

O Estado não tem apenas o dever de abster-se contra atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas também deve promover essa dignidade, através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano.

O direito das famílias está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos, pois este princípio significa igualdade para todas as entidades familiares, independente do seu modelo de formação.

Deste modo, é indigno dar tratamento diferenciado a várias formas de filiação ou a vários tipos de constituição de família, já que todas possuem igualdade de direito ideal, consagrado pela Constituição Federal de 1988 e pela reforma do Código Civil de 2002, documento que promoveu consideráveis alterações no direito de família, pondo fim a inúmeras discriminações presentes no antigo código. (DINIZ, 2008)

A dignidade da pessoa humana encontra no direito de família um terreno favorável. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares, como o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada indivíduo com base em idéias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas.

Entretanto, o grande obstáculo encontrado hoje é justamente manter estruturada a família. O direito busca dar a segurança jurídica necessária a esta, para que se mantenha e busque o desenvolvimento pessoal e social de cada indivíduo, mas não é suficiente. Hoje é preciso mais que leis que resguardem a família, é preciso uma estruturação que vai desde um ensino, educação de qualidade, informações, valores éticos e morais a serem passados entre cada membro da família. Porém, o ritmo de vida moderno gera seres individualistas o que, conseqüentemente leva a família, instituto tão antigo e fundamental na estruturação e manutenção da sociedade, a crises e sérios problemas.

2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

O Princípio da Solidariedade Familiar passou a reger as relações familiares a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. (LISBOA 2002)

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar

a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve também existir nesses relacionamentos pessoais. (LISBOA, 2002)

O princípio da solidariedade, ao lado do princípio da dignidade humana, constitui núcleo essencial da organização sócio-político-cultural e jurídica brasileira. A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, convive-se no ambiente familiar para o compartilhamento de afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos. Nesse sentido, complementa Dias (2009 p.63):

[...] ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de promover toda gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão, é atribuído primeiro a família, depois a sociedade e finalmente ao Estado CF 227, o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes ao cidadão em formação.

Saliente-se que o princípio em estudo é composto pela afeição e pelo respeito, os quais, nas palavras de Lisboa (2002, p. 42): “são vetores que indicam o dever de cooperação mútua entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer)”

2.2.3 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade integra os significativos avanços em matéria de direito de família e por causa dele e do princípio da dignidade da pessoa humana, reconheceram-se novas entidades familiares em nosso ordenamento, efetivando o princípio da pluralidade familiar.

Para Dias (2009), o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

O princípio da afetividade é o responsável pela constituição de novas teses jurídicas que abarcam situações sociais evidentes, mas que não foram legalizadas.

Diante da falta de previsão legal para regulamentar situações específicas e já existentes, surge o princípio da afetividade com o escopo de embasar decisões cuja matéria necessita de uma previsão legal, para que se conceda valor jurídico ao afeto.

Tendo como base o princípio da afetividade, a jurisprudência vem reformulando o direito de família. O casamento, que antes era tido como obrigação, vem sendo revestido de aspectos propensos à realização dos interesses afetivos e existentes de seus integrantes. A culpa pela dissolução do casamento deixou de ser ponto fundamental na hora de se decidir sobre uma separação, porque se entende- que não há que se falar de culpa, quando se trata de afetividade.

A família passou a ser formada não mais por padrões sociais, mas sim por laços afetivos, em que a adoção passou a ser vista como uma relação de afeto e a união por pessoas do mesmo sexo já é vista como uma relação afetiva, e não mais como uma relação de pecado

2.3 Os novos moldes da família brasileira

O novo conceito de família decorre principalmente das mudanças sociais que provocaram uma evolução no ordenamento jurídico, formando novas modalidades familiares. Hoje, a família é formada não só por laços sanguíneos, mas também pelo afeto, amor e solidariedade múltipla.

Pensando na família como a instituição mais antiga de todos os tempos, não se pode deixar de avaliar as suas transformações no decorrer dos séculos. É bem verdade, que várias foram às mudanças que se fizeram perceber durante toda a história. Da antiga família de gerações, em que prevalecia o interesse do clã, passou-se a ter uma família de casados, em que só o casamento era a formação válida de família; da antiga família patriarcal, onde o homem era a figura mais importante, passa-se a ter uma família de parceria, em que homens e mulheres compartilhavam suas idéias, a figura do homem passou a dar espaço à figura feminina. De uma família numerosa, vai-se organizar uma família de poucos filhos; de uma família de posses, propriedades e terras, passou a existir uma família de assalariados; a família que produzia, passou a consumir a família de trabalho; a família, formada a partir dos moldes

da sociedade, passou a dar lugar a uma família. constituída nos moldes do amor e do afeto. Enfim, a família passou a ser formada das mais diversas maneiras, e a felicidade e a satisfação dos componentes familiar são os fatores mais importantes.

As famílias dos moldes atuais é aquela que busca a felicidade, que busca a comunhão pela vida, pelo amor pelo afeto, na responsabilidade recíproca e, sobretudo na liberdade.

A família está em constante evolução. Tornando-se mais complexa, já que o efeito protetor e a estabilidade social mudaram, em virtude da reformulação dos papéis femininos, da diminuição da diferença hierárquica entre pais e filhos, das constantes separações e divórcio, das opções para manutenção genética da prole, das produções independentes e mais além, da adoção por casais do mesmo sexo.

Diante desse cenário, caminham juntas todas as modificações no padrão de formação da família, trazendo consigo subsídios e estudos doutrinários que protegem as diversas relações, sempre dando enfoque ao afeto.

A Constituição Brasileira, do ano de 1988, é considerada uma das mais avançadas do mundo. Impõe como valor maior o respeito à dignidade humana, baseada nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família, a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação.

2.4 O afeto como formador da família

A concepção de família partiu de um aspecto desigual, patrimonial e formal, para um aspecto social e igualitário. Como consequência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, ou seja, a busca da felicidade como fator principal provocou à valorização de elementos que anteriormente eram secundários, como a afetividade.

Assim como as famílias mudaram, os núcleos familiares também sofreram alterações em sua estrutura e composição. A família composta por diversos membros começou a perder força ao longo dos anos, bem como aquela formada apenas por filhos legítimos, seja por imposição legal, seja porque os núcleos familiares passaram a valorizar um fator imprescindível para sua formação: o amor, o afeto!

Não há como negar que a nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade. Sabemos que o legislador não tem como criar ou impor a afetividade como regra contrária, pois esta surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos.

Para Barros (2002, p. 142),

O afeto, enquanto característica inata dos seres humanos, mais do que uma garantia constitucional, é um direito natural do homem. O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminação, senão as mínimas necessidades ao bem comum de todos.

O afeto transcendeu a própria família, não sendo um laço que une apenas os componentes do núcleo familiar, não é apenas um valor jurídico, mas um sentimento que nutre relações de amizade, companheirismo, solidariedade (BARROS apud. DIAS, 2009, p.70)

Nesse contexto, para Gama (2000, p. 23):

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob prisma político-ideológico, fundando-se em valores existentes e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialista, patrimonialistas e individualistas, que norteiam a família patrimonial. Quando abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar como tal mudança do eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao entendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampados pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria acentuado destaque

Para Maria Berenice Dias (2009, p 66):

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço

fundamental é a lealdade, não mais existe razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a existência e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

Em todas as fases da vida, a afetividade é indispensável e poder ser conceituada como todo o domínio das emoções, dos sentimentos, das experiências sensíveis e, principalmente, da capacidade de entrar em contato com sensações, referindo-se às vivências dos indivíduos e às formas de expressão mais complexas e essencialmente humanas. (DIAS, 2009)

A afetividade também é concebida como o conhecimento construído através da vivência, não se restringindo ao contato físico, mas à interação que se estabelece entre as partes envolvidas, na qual todos os atos comunicativos, por demonstrarem comportamentos, intenções, crenças, valores, sentimentos e desejos afetam as relações e, conseqüentemente, o processo de aprendizagem.

O professor e jurista Paulo Lôbo (2003) diz que, na constituição existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade. Inicialmente, ele verifica a igualdade de todos os filhos independente da origem (artigo 227§6º CF). Em seguida, a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado direitos igual ao filho biológico (art. 227 §§ 5º 6º, da CF); Lobo menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo adotivos (art. 226 §4º, CF) e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente. (art. 227 CF).

A família se transformou na medida em que se acentuaram as relações de sentimento entre seus membros. O entendimento de que a família é a base da sociedade consignou a idéia de que as relações interpessoais, independente de previsão legal são dignas de tutela, mesmo havendo inércia do legislador quanto à disciplina de determinadas matérias.

Ato como o do tribunal do Rio Grande do Sul na decisão abaixo, sintetiza uma postura jurisdicional, que se baseia no afeto para a formação da família.

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FAMÍLIA. O juízo da família é o competente para processar e julgar as causas que versam sobre uniões estáveis entre

peças do mesmo sexo. NEGADO PROVIMENTO. (TJRS, AI 70027172428, 8ª C. Civ., Rel., Des. Rui Portanova, j. 27.10.2008^[22])

O afeto, segundo Barros (2003, p. 142)

[...] não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, é mais, é um viés externo que põe mais humanidade em cada família, compondo o que ele chama de família universal, cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

Com efeito, o afeto é, sem sombra de dúvidas, o principal fundamento das relações familiares.

Se for possível observar na sociedade a formação de famílias que não acompanham a estrutura tradicional, significa dizer que esse fato social também merece ser tutelado, devendo-se levar em conta que acima de tudo, quando se trata de relações que tenham laços familiares, o afeto deve ser lançado como principal direcionamento no que se refere à tutela jurisdicional.

Fingir que não existem famílias que não satisfazem aos padrões legais é restringir o direito a quem dele precisa.

2.4.1 Família Homoafetiva

A homossexualidade é fato que existe, sempre existiu e não pode ser negado, merecendo, portanto, a tutela jurídica do Estado. A igualdade é desejada por todos e, ao elencar os direitos fundamentais, é a primeira referência da Constituição Federal.

As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada indivíduo. O papel do Estado e do Direito em relação a elas, bem como a tudo o mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para superação do preconceito e da discriminação.

Os homossexuais brasileiros são titulares de direitos inalienáveis, cumpridores das leis, eleitores e contribuintes de impostos, mesmo assim ainda são vistos como cidadãos inferiores, não adquirindo proteção legal para suas relações de afeto, como é garantida aos demais, sendo seu único amparo estatal limitado a decisões favoráveis como as decisões do Supremo Tribunal do Rio Grande do Sul, que já reconhece a vara de família para julgar as relações homoafetivas, e em algumas decisões já reconheceram a união homoafetiva, embasados no princípio da dignidade da pessoa humana, O TJRS, reconheceu algumas uniões homoafetivas, os Tribunais sulistas são reconhecidos como os pioneiros no direito de família, servindo como referência para o restante do país. Atualmente, esses Tribunais tem ganho destaque por constituírem-se nos primeiros a reconhecerem a União Homoafetiva como a exemplos das jurisprudências em Anexo A, embasada no princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

Vale ressaltar a importância dessas decisões para o reconhecimento da União Homoafetiva, pois elas verificam a existência do requisito da possibilidade jurídica do pedido, ou seja, o Tribunal reconheceu que, mesmo ausente norma expressa sobre o tema no ordenamento, as leis vigentes nos dão meios para legitimar a união entre pessoas do mesmo sexo.

O ordenamento jurídico deve voltar-se a Constituição Federativa do Brasil (1988), em seu artigo 3º, § IV, o qual proíbe e não admite qualquer forma de discriminação, seja ela de qualquer natureza. A expressão “qualquer natureza” inclui, os motivos de orientação sexual. Observa-se também que é objetivo da República Federativa do Brasil, a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, CF, art. 3º, § IV)

A união homoafetiva nada mais é do que a união de duas pessoas do mesmo sexo que traz consigo todas as características de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este que muito se assemelha com o da união estável, se não vejamos:

Art. 1.723, CC. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família

Portanto, a União Homoafetiva pode ser caracterizada também como união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois sua única diferença com a União Estável prevista no artigo supramencionado é a questão dos componentes serem do mesmo sexo, ao negar o reconhecimento dessa união esta o magistrado ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e como consequência disto o princípio da igualdade.

Se for deixado de lado o preconceito com relação à homossexualidade, não há como não se concluir que a existência do afeto e da solidariedade entre pessoas do mesmo sexo caracterizam uma entidade familiar. A ausência da diversidade de sexo não impede a afetividade

Tendo a intenção de constituir publicamente uma família, com atributos de fidelidade e lealdade, duas pessoas podem concretizar tal entidade, não importando se possuam, ou não, o mesmo sexo. A procriação não é mais um grande objetivo. Aliás, pode ser uma consequência, inclusive para casais do mesmo sexo, já que a filiação pode acontecer pela adoção ou pela socioafetividade.

A inclusão das pessoas do mesmo sexo no conceito de família é perfeitamente possível, desde que contenham os requisitos equiparáveis a uma união estável, pública e duradoura que tenham a finalidade de promover a realização dos indivíduos através da assistência afetiva, uma vez presentes os princípios da igualdade, pluralidade, a não-discriminação, fraternidade e igualdade.

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da homossexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada pelo estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional. Como diz Diniz (2005, p.17) “diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões é tido como imoral ou anormal, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.”

O direito à homoafetividade está amparado pelo princípio fundamental da isonomia, consagrada no art. 5º, caput, da CF “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído nos direitos da personalidade, no que se refere à integridade física e à identidade pessoal. Acresce ainda

lembrar que a segurança da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada é, segundo Fachin (1999, p 95), “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.”

Qualquer que seja a discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo, é um total desrespeito à dignidade da pessoa humana, princípio consagrado pela Constituição. Tais preconceitos não podem legitimar restrições ao direito em nenhuma hipótese.

A dimensão jurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como protegidos pela Constituição Federal os relacionamentos afetivos, independentemente da identificação do sexo do par: se formado por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Ainda que, quase intuitivamente, se conceitue a família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, é necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

A Constituição Federal de 1988, ao conceder proteção estatal às famílias brasileiras, reconhecendo a união estável como entidade familiar formada apenas por um homem e uma mulher, deixou de estender às uniões homoafetivas, a idêntica proteção, negando-lhes direitos manifestamente existentes, o que implica em uma restrição considerada incompatível com as premissas adotadas pelo Estado Democrático de Direito, que proclama, entre outros, o direito à liberdade, igualdade, não discriminação e, sobretudo o direito à dignidade humana como direito fundamental.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos (RIOS, 2000, p. 122).

É válido salientar a mutabilidade que caracteriza o Direito e as leis. Assim, como o fator temporal e a mudança nos costumes são elementos que influenciam os valores presentes em cada civilização, o Direito deve acompanhar as transmutações ocorridas e, em

favor delas, afastar o preconceito e criar leis em nível de compatibilidade com os reais anseios da sociedade.

É necessário encarar as mudanças da sociedade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem é determinada pelo meio em que vivem. Se assim fosse, filhos provindos de uma família tida como normal, não teriam filhos homossexuais. A homossexualidade acompanha a história do homem, não podendo ser tachada como crime ou pecado, nem doença nem vício. É simplesmente uma forma de viver, uma escolha, e não pode em face do preconceito social, negar uma realidade que existe e, portanto, merece tutela jurídica.

As uniões Homoafetivas vão além do simples fato de se constituir por pares do mesmo sexo, pois são uniões que têm sua origem no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares. O afeto não tem como pressuposto a diferença dos sexos, a identidade ou a diversidade dos sexos gera diversos tipos de relacionamento.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não pode ser negada, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças (DIAS, 2005, p. 17).

É indiferente a identidade do sexo do par, se igual ou diferente, para emprestar efeito jurídico aos vínculos afetivos. Atendidos os requisitos legais para configuração da união estável, necessário conferir direitos e impor obrigações mútuas, independente da identidade ou da diversidade de sexo dos conviventes.

Não assegurar garantias nem outorgar direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo infringe o princípio da igualdade, o que denota postura discriminatória ao livre exercício da sexualidade.

O Estado não pode se omitir em casos de preconceitos de ordem moral ou de natureza religiosa. Nem a ausência de leis nem o medo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não tenham a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento de

uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Nos casos em que duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo mantêm uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, não há como deixar de identificar tais situações como geradoras de efeitos jurídicos. Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir o comando legal e atender à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se valer da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Nada diferencia as uniões hetero e homossexuais de modo a impedir que sejam ambas definidas como família. Enquanto não existir um regramento legal específico, faz-se impositiva a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

O modelo de família atual não segue padrões fixo, desenvolve-se de forma pluralista constituindo-se através do convívio diário dos laços de afetividade, ou até solenizados pelo casamento. Por serem pluralistas, admitem a formação de moldes familiares provindas de novas uniões conjugais.

Entende-se que, frente à legitimação social desses relacionamentos afetivos, não pode o Direito abster-se de efetivar os direitos constitucionalmente garantidos a uma parcela da população, o que consistiria uma discriminação baseada na preferência ou orientação sexual, batendo frontalmente contra os preceitos determinados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza." e, " são invioláveis a intimidade, a vida, a honra e a imagem das pessoas ..." (inciso X do art. 5º da CF.), e mais ainda, à luz do inciso IV do Artigo 3º da CF, deparamo-nos com mais uma abordagem aos direitos e garantias fundamentais do cidadão; "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação", portanto, deparamo-nos aí, com um caminho já sedimentado para a construção e reconhecimento da união estável entre homossexuais, legalmente tutelado pela Constituição Federal.

O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social seja alijado de efeitos jurídicos. Não se pode impor a mesma trilha percorrida pelas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, e que levaram 60 anos para impor o alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável. Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo e da lei. Não é ignorando a realidade, deixando-a à margem da sociedade e fora do Direito, que irá desaparecer a homossexualidade. Impositivo é visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A ausência de lei que regularmente a união homoafetiva não deve ser vista como um impedimento para sua existência, uma vez que o Direito é para todos. A Constituição diz que, entre os objetivos fundamentais da República está a promoção do bem estar de todos sem discriminação de qualquer natureza. Então, se a união homoafetiva é uma realidade que se impõe e não pode ser negada, não tendo como deixar de ampará-la juridicamente.

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos, assumindo postura preconceituosa ou discriminatória, para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do Direito não podem ser fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

3. ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Evolução Histórica da Adoção no Brasil

No Brasil, vigoraram as Ordenações Filipinas até 1916 que constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, enquanto o Brasil ainda era colônia de Portugal, mas não trataram quase nada a respeito da adoção, embora aqui fossem expedidas as cartas de perfilhamento. (LOBO, 2003 p 146-147).

Foi criado no Rio de Janeiro, em 1808, o Tribunal de Paços, em virtude de as Cartas de perfilhamento serem expedidas em Portugal, pelo desembargador de Paços. “Porém, em 1828 esse tribunal foi extinto e a lei de 232 de Setembro de 1828, conferiu aos juizes de primeira instância essa atribuição.” (SZNICK, 1993, p. 25).

Inicialmente, o Código de 1916 só permitia a adoção para os maiores de cinquenta anos, em perfeito gozo da sua capacidade civil, sendo que estes deveriam ser pelo menos dezoito anos mais velhos que os filhos adotivos e não poderiam ter prole legítima. Pela adoção, o pátrio poder era transferido para o adotante. A revogação ocorreria no caso de acordo entre as partes e nos casos em que a lei permitisse a deserção. (WALD, 1993). O artigo 370 previa que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas que não fossem marido e mulher, a fim de evitar os inconvenientes que esta situação poderia trazer. (MAGALHÃES, 2003)

A adoção se dava através de escritura pública, não se podia, portanto, adotar através de termos e condições. O filho adotivo era equiparado ao legítimo, mas na ocorrência da Herança, este era quem detinha a preferência.

Assim explica Arnald Wald (1995. p 82) “No sistema primitivo do código civil o filho adotivo era equiparado ao legítimo, mas concorrendo a herança, o adotado com o filho legítimo superveniente, o primeiro recebia a metade da cota atribuída ao segundo.”

Mais tarde surge a Lei nº 3133, de 8 de maio de 1957, reformulando o instituto da adoção, e dando ao mesmo uma nova aplicação e atendendo de maneira mais eficaz à sua função social.(WALD, 1993)

A Lei 3133/57 trouxe algumas mudanças entre elas, a redução da idade do adotante de cinquenta para trinta anos, mas impôs que sendo casados, teriam que ter decorrido

cinco anos do casamento, reduzindo também de dezoito para dezesseis anos a diferença de idade entre adotante e adotado.(MAGALHÃES, 2003). Com relação ao adotado, passou a se exigir consentimento deste, se maior, e do seu representante legal, se menor ou incapaz. Uma marcante inovação foi a possibilidade de o adotado incluir o nome dos pais de sangue ou dos adotantes, excluindo assim os dos pais de sangue. (WALD, 1995).

Com o surgimento da lei 4.655/65 é criada a legitimação adotiva, que só poderia ser deferida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado (com exceção se a criança tivesse sob a guarda dos legitimantes, à época de completar essa idade), órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, ou cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou ainda do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitando que a mesma provesse com seu sustento. (GRANATO, 2003)

Em 1979 é instituído o Código do Menor, com a lei 6697/79, que revogou expressamente a lei 4.655/65 de legitimação adotiva, substituindo-a pela adoção plena, e admitindo ainda a adoção simples. Essa lei destinava-se à proteção dos menores de 18 anos de idade que se encontravam em situação irregular. (GRANATO, 2003)

Com o advento do então Código do Menor, surgem três espécies de adoção no Brasil: a do Código Civil, para Adoção de pessoas de qualquer idade; a adoção simples, compreendendo menores entre sete e dezoito anos, sem conferir ao adotado a condição de filho e sequer efeitos sucessórios se o adotante possuir mais filhos e, por fim, a adoção plena conferida apenas aos menores de sete anos, ou aqueles com idade superior, se estes já estivessem sob a guarda dos adotantes, tendo como regra o desligamento total de sua família proporcionando igualdade entre os demais filhos dos adotantes com a condição de que estes fossem casados há mais de cinco anos ou que comprovassem que um deles era estéril:

Esta lei revogou expressamente a Lei 4655/65, e a odiosa distinção patrimonial, não subsistiu, de sorte que o plenamente adotado possuía os mesmos direitos sucessórios da prole superveniente, se com ela concorresse a herança dos ascendentes. (MAGALHAES 2003 p. 201)

Percebe-se assim, que o código de 1916 não foi revogado, mas apenas alterado, especialmente nos assuntos relativos a efeitos patrimoniais.

Com a entrada em vigor da Constituição do Brasil de 1988, no seu artigo 227 § 6º, o direito de todos os filhos, legítimos ou adotados, passa a ser equiparado: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações proibida quaisquer designação discriminatórias em relação à filiação.” (BRASI, CF/88 artigo 227,§6º).

Em 13 de julho de 1990, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (doravante, ECA), Lei 8069/90 que revogou expressamente o Código do Menor.

A ECA regulamenta a adoção dos menores de 18 anos e, em algumas exceções, os menores de 21, sendo que os maiores de 18 que não se enquadrassem nesses casos excepcionais, não poderiam ser adotados por ninguém. (MAGALHÃES, 2003).

Segundo Sílvio Rodrigues (2002 p. 388),

A grande modificação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é de que nas adoções dos menores de 18 anos não existe mais, adoção simples ou adoção plena, já que todas passaram a ser plenas. Ou seja, hoje só a adoção, que geram efeitos da antiga adoção plena.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, considera seus destinatários como sujeitos de direito, contrariamente ao Código de Menores que os considerava como objetos de direito. Dessa forma, a Lei n.º 8.069/90 dispõe que a criança ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja esta natural ou substituta. Entre as modalidades de colocação em família substituta, encontramos a adoção, medida de caráter excepcional, mas irrevogável, que atribui a condição de filho ao adotado, impondo-lhe todos os direitos e deveres inerentes à filiação.

Tendo sido revogado o Código do Menor, mudaram também os requisitos pra adoção. Foi proibida a adoção por procuração. O limite de idade do adotante foi estabelecido em 21 anos independente do seu estado civil. A estabilidade financeira e emocional do menor passou a ser tratada de forma mais prioritária. (MAGALHÃES, 2003).

A adoção pela lei 8069/90 ECA é considerada irrevogável, desvinculando o adotado de sua família natural para sempre, tanto que no caso de morte dos adotantes, o pátrio poder não é restabelecido aos pais naturais. (VIANA, 1998).

No campo pessoal, o adotado é incluído completamente na família do adotante, sendo cortada qualquer relação com a família natural. As novas regras também se refletem no campo patrimonial, onde o adotado passa a ter os mesmos direitos do filho natural, como também em relação aos alimentos, é igualada a condição de filho ao adotado. (RODRIGUES, 2002)

O vínculo de adoção passa a ser constituído por sentença judicial, produzindo seus efeitos após o trânsito em julgado. Assim, a adoção por meio de escritura pública, anteriormente utilizada, deixou de fazer parte desse instituto. (GRANATO, 2005)

Em 2002 surge o Código Civil Brasileiro (doravante CC), Lei 10.406/2002, revogando o CC 1916. O Instituto da adoção no Código Civil de 2002 vem disciplinado nos artigos 1618 a 1629.

O CC 2002 alterou alguns dispositivos do ECA referentes à adoção, apresentando algumas questões relativas à competência.

Como o Código civil de 2002 preocupa-se, de forma global, com a adoção de maiores e menores, resta à questão da competência, pois os procedimentos relativos a menores serão processados pelos juízes da infância e da juventude, onde houver, e a adoção de maiores de 18 anos, devera ter seu curso nas varas de família. Alguns dos dispositivos do ECA são substituídos pelo Código Civil, como vimos, mas, sem síntese, toda Base do direito material e do direito procedimental, descrita nessa lei continua aplicável. Na ausência de outra norma reguladora, devendo ser aplicado o ACA analogicamente, no que for compatível, com relação a adoção por maiores.(VENOZA 2005 p. 328)

No entanto, o ECA só pode ser aplicado, quando não conflitar com as normas constantes no CC 2002, não podendo existir divergência entre elas. Inclusive, algumas disposições do CC 2002 dispõem sobre aquilo que já foi expresso no ECA. O CC 2002 considerou a capacidade de adotar a maioria Civil, sendo esta de 18 anos (artigo 1618) porém, manteve a diferença de 16 anos entre adotante e adotado(artigo 1619) (VENOZA, 2005).

O CC 2002 não alterou muito o disposto sobre a adoção de crianças e adolescentes trazidas pelo ECA. Liberati apresentou as principais características e efeitos da adoção atualmente:

Hoje, todas as adoções revestem-se das principais características e efeitos: a) são judiciais; b) definidas por sentença constitutiva; c) assistida pelo poder público; protegidas pela irrevogabilidade do vínculo a partir da publicação da sentença; d) mantêm-se o vínculo de parentesco entre o adotado e os adotantes, com todas as obrigações resultantes dessa relação, como o dever de alimentar, direito sucessório, direito de visita, etc.; f) manutenção de vínculo consanguíneo do adotado com os pais e parentes naturais (biológicos) para efeitos de impedimento matrimonial g) revogabilidade do consentimento dos pais biológicos ou responsáveis até a publicação da sentença constitutiva de adoção, h) que sejam realizadas no interesse da criança e do adolescente. (LIBERATI, 2003, p. 35)

E para concluir, acerca da evolução legislativa da adoção no Brasil, cumpre mencionar o projeto de lei n 6960 de 2002, que sugere a modificação de 300 artigos do Código Civil atual. Essas alterações pertencentes ao projeto têm como fundamento o fato de o legislador achar lacunosa e confusa nossa atual codificação. Dentre os pontos importantes da adoção, cabe destacar que ele acrescenta parágrafos aos artigos 1618, 1623 e 1626, por exemplo, buscando assim acabar com as lacunas existentes.(VENOZA, 2005).

3.1.2 Conceito de Adoção

A palavra adoção tem origem no Latim *adoptio*, cujo significado é “dar seu próprio nome a, por um nome em; tendo em linguagem mais popular, o sentido de acolher alguém.” (LIBERTI, 2002 p.17)

O conceito de adoção trazido pelo ECA, e agora unificado, fica mantido.

O artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua adoção como:

Art. 41 A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o com qualquer vínculo, com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Segundo Diniz, (2008 p. 506). “Adoção vem a ser o ato jurídico e solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo pra sua família na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha”

Para Venoza, (2008, p 261). “Adoção é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade.

Já Gonçalves, (2008, p 337) define “Adoção como ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

Arnoldo Wald (2002) define adoção [...] como um ato jurídico solene em virtude do qual a vontade dos particulares, com a permissão da lei, cria, entre pessoas naturalmente estranhas num à outra, relações análogas às oriundas da filiação legítima.

A partir da constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e exigir sentença judicial, prevendo-se expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.623, parágrafo único do Código Civil de 2002. O artigo 227§ 5º da Carta Magna, ao determinar que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá condições e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros., demonstra que a matéria refoge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública (GONÇALVES, 2008 p.338)

Para Granato (*apud* DINIZ, 2003, p. 25-26):

A real finalidade da adoção moderna é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança ou adolescente que, por quaisquer motivos, ficou privada disso em relação a sua família biológica, nesse sentido o autor fala: “(...) podemos definir a adoção como a inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, considerados indignos para tal

É importante notar que o foco do conceito de adoção passa de apenas vínculo legal para a preocupação com a inserção do adotando em um ambiente familiar, levando o adotante a assumir as responsabilidades legais e morais da criação de um filho.

A adoção, no Código Civil de 1916, consiste num ato bilateral e solene, sendo indispensável a manifestação da vontade do adotante e adotado e, imprescindível, a forma notorial. É, portanto, um contrato de direito da família.

Assim sendo, adoção vem a ser um ato jurídico estabelecido nas raízes do afeto, onde uma pessoa decide criar como se filho legítimo fosse, alguém estranho, do qual a ela só é ligada por laços de afetividade.

Enquanto a filiação natural fundamenta-se no vínculo biológico, de sangue, a adoção cuida de uma filiação jurídica que se fundamentando no fato de que é a afinidade e não a consangüinidade que cria laços familiares.

Para a presente monografia, adoção vem a ser um ato jurídico que estabelece relação civil de paternidade e filiação, independente dos laços de sangue. É um ato de amor, de vontades, de acolher e dar uma família a um menor, oferecendo-lhe reais vantagens.

3.1.3 Natureza Jurídica da Adoção

A definição da natureza jurídica da adoção sempre foi discutida. A esfinge decorre da natureza e da procedência do ato. Sabe-se que a divergência doutrinária pairou sobre a adoção ora como contrato, ora como ato solene, ora como uma filiação criada pela lei, ora como ato unilateral, ora como instituto de ordem pública, produzindo efeitos em cada particular, na dependência de um ato jurídico individual.

O CC/1916 classifica a natureza jurídica da adoção como negocial, tendo em vista a exigência da legislação através de escritura pública e do consenso que deveria existir entre as partes, Já o ECA e o CC/2002, devido à exigência de Sentença judicial e da intervenção do Estado, apresentam um ato jurídico sem caráter contratual (DINIZ, 2003) Dessa forma, têm-se duas correntes quando se fala em natureza jurídica da adoção: a privatista e a publicista.

A corrente privatista defende a idéia de que a adoção é um negócio jurídico de natureza contratual, sendo também conhecida como corrente contratualista. Entendem que

adoção, como sendo um ato bilateral, produz seus efeitos a partir do mútuo consentimento das partes. (LIBERATI, 2002)

À luz da realidade brasileira, pode-se dizer que as adoções reguladas pelo Código Civil têm uma natureza contratual, dada a sua solenidade e a bilateralidade na manifestação da vontade das partes.

Em contrapartida, com a criação do ECA (1990), a adoção passa a ser considerada como uma instituição que tem sua natureza jurídica baseada na constituição do vínculo de paternidade e filiação, vínculo irrevogável, que se dá através de sentença judicial, desaparecendo o vínculo biológico ou natural e surgindo o vínculo adotivo. (LIBERATI, 2002)

A adoção disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por primar pela participação do Estado, adquire um caráter de instituição pública, afastando-se totalmente de uma ótica privatista. Ademais, a deliberada manifestação das partes contratantes submete-se ao Estado, imbuído de poder, para indeferir ou conceder a adoção.

Venosa (2008) explica que a classificação da natureza jurídica da adoção sempre foi matéria controvertida e essa dificuldade decorre da natureza e da origem do ato, normalmente porque se trata de um campo jurídico repleto de normas de ordem pública.

Ainda, segundo Silvio Venosa, para os franceses a adoção é um contrato pelo qual manifestam suas vontades duas pessoas, mas a natureza contratual permanece, ainda que em algumas hipóteses, a manifestação do adotante inexista. (VENOSA 2008).

Ao abordar o tema, Granato (2005, p. 26) dispõe:

Existem divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da adoção. Alguns a consideram contrato; outro ato solene, ou então filiação criada por lei, ou ainda instituto de ordem pública. Existe ainda os que consideram uma figura híbrida, um misto de contratos e instituições ou instituto de ordem pública.

Para Gama (2003, p. 503)

A respeito da própria natureza jurídica da adoção verifica-se dissonância no contexto do sistema jurídico dos países ocidentais, ora sobre o enfoque absolutamente

privatístico, ora sob o prisma publicista, e, finalmente, sobe a ótica mista ou intermediária, quanto à ponderação e equilíbrio entre o consentimento entre os envolvidos na adoção e provimento judicial. Assim, de acordo com a concepção privatística, a adoção se fundamenta na autonomia da vontade dos interessados, exigindo apenas manifestação tal e, assim, a intervenção da autoridade – normalmente judiciária e eventualmente de um agente público – é considerada mera formalidade para eficácia do ato. Na concepção publicista, o consentimento é pressuposto da decisão judicial sendo preponderante a função judicial na constituição da adoção. E, finalmente, a posição intermediária considera os dois fatores fundamentais para a adoção: o consentimento das partes e o provimento judicial.

Gonçalves (2008) afirma que no sistema do Código de 1916 era nítido o caráter contratual do instituto, mas que a partir da Constituição de 1988, a adoção passou a constituir-se em ato complexo e a exigir sentença, o que demonstra o ato de vontade e o nítido caráter institucional.

Porém, considerando-se que há situações em que a vontade do adotando inexistente, além de depender, em todas as hipóteses de sentença judicial constitutiva para produzir efeitos, a adoção é ato jurídico em sentido estrito. Os efeitos desse ato encontram-se regulamentados em lei, não havendo liberdade para que adotante e adotado disponham de forma diversa e exerçam a autonomia privada. Não há que se falar em natureza negocial da adoção.

Igualmente, o processo de adoção no Brasil se finda com uma sentença constitutiva emanada do Poder Judiciário, e não com a simples homologação do concurso de vontades das partes envolvidas.

Assim, pode-se dizer que a adoção é uma relação contratual familiar, mas de natureza híbrida, pois embora haja a manifestação de vontade das partes, estas não têm liberdade para regularizar seus efeitos, ficando estes pré-determinados pela lei.

A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotantes e adotados, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, como também sucede com o casamento, pode ser observado dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do status que gera, preponderantemente de natureza institucional. (SILVA apud GONÇALVES, 2008, p.338)

Por um lado, não se considera a adoção um contrato num sentido estrito do vocábulo, pois ela não se constitui um instituto de direito obrigacional.

Entretanto, num sentido lato, pode-se considerá-la um contrato, pois baliza um acordo de vontade entre as partes, que gera, desta forma, efeitos jurídicos extrapatrimoniais.

Este estudo defende a adoção como sendo uma instituição de ordem pública, e não como mero contrato, que depende apenas da anuência das partes e de sentença judicial.

3.1.4 Características da Adoção

No Brasil, após a Constituição Federal de 1988, não há mais filhos adotivos, mas adoção, entendida como meio para filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho. (LÔBO, 2010).

Pereira (2009, p. 396) elencou em sua obra três aspectos que se destacam no instituto da adoção:

O primeiro, é que hoje não importa mais o caráter contratualista, que foi assinalado anteriormente como o praticado entre adotantes e adotados. Em consonância com o preceito com caráter impositivo, será assistida pelo poder público, na forma da lei, isto é, o legislador ordinário de dar as regras do segundo as quais o legislador dará a assistência aos atos da legislação. O segundo aspecto a considerar é que, resultando da adoção a filiação civil o preceito contido no § 5º do artigo 227 da constituição, não se dissocia do princípio amplo do § 6º do mesmo artigo, segundo o qual “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção ter eram os mesmo direitos e qualificações proibidas quaisquer designação discriminatórias em relação à filiação.” E o terceiro é o contexto do artigo 227 CC, segundo o qual é dever da família, da sociedade e do estado, assegurar a criança e o adolescente, prioridade absoluta relativamente ao amparo, ao sustento a proteção e a dignidade humana.

Ainda é irrevogável a adoção, ou seja, uma vez concedida não poderá ser desfeita, e vindo a falecer os pais adotivos, não se restabelecerá o vínculo com os pais biológicos. Deste modo, se estabelecida a adoção, é extinto qualquer vínculo com a família biológica.

Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, terá que se levar em conta, os fins sociais a que se dirige, a exigência do bem comum, os direitos e deveres

individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu artigo 1623, só há adoção depois do processo judicial. A conclusão decorre da exigência de que a adoção seja assistida pelo Poder Público, independente da idade do adotante.

A inscrição do adotante decorre de um estudo psíquico e social, por meio de entrevista psicossocial, das quais resultam laudos de ordem psicológica, econômica e social, pela qual o magistrado vai se orientar, se o adotante é ou não, apto para adoção.

Quanto à documentação, cada comarca possui um rol de documentos a serem exigidos, para instruir a habilitação e definir a capacidade de adoção dos candidatos

No processo de adoção, não haverá direito de preferencial, a adoção se dará pelo cadastro, respeitando as características exigidas pelos adotantes, para os adotados.

O Novo Código Civil exige o “efetivo benefício” para o adotando (art. 1.625). Abandonou-se a melhor técnica para adotar-se redação menos objetiva. Afinal, uma adoção pode ser benéfica para o adotado, ainda que não esteja inspirada em motivos legítimos. (BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002), art. 1625).

O ECA requer que a adoção represente vantagem para o adotando e esteja fundada em motivos legítimos: “O cadastramento dos interessados em adotar, junto ao Juízo, continuará vigente para as adoções de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), art. 43e 50).

Não há necessidade de se exigir o mesmo requisito para as adoções de maiores de 18 anos, diante do silêncio do Novo Código Civil. Idêntica solução deve ser utilizada quanto ao estágio de convivência daquele período fixado pelo juiz para a aferição da adaptação do adotando ao novo lar. (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), art. 46, caput)

Assim, a adoção se caracteriza por ser um instituto que visa ao bem estar da criança e do adolescente, visando dar boas condições de vida, de amor e de carinho, para que possam ter um lar tranquilo e equilibrado.

3.1.5 Requisitos Legais da Adoção no Brasil

A finalidade do presente tópico é abordar alguns aspectos de grande importância sobre o procedimento da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Os requisitos da adoção estão embasados no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do adolescente, de 1990, como sendo regras para que a criança possa ser incluída em uma família.

3.1.5.1 Requisitos dos Adotantes

O legislador vetou os irmão e ascendentes, pois a adoção possui como uma de suas características, a junção do adotado com todos os parentes do adotante. Existindo o parentesco, portanto, não seria plausível a adoção. Tal dispositivo se encontra no Estatuto da Criança e do adolescente que determina: “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), art. 42, § 1º).

Inicialmente, são legitimados a adotar os maiores de 18 anos, podendo esta se dá de forma singular ou conjunta, se ligados os adotantes pelo matrimônio ou pela união estável e comprovada a estabilidade familiar.

Em análise ao artigo 42, *caput*, do Estatuto da Criança e Adolescente, vê-se que o mesmo dispõe que a idade mínima para se configurar como adotante é de 21 anos de idade, porém tal dispositivo foi revogado pelo artigo 1618 do Novo Código Civil, no qual está prescrito que a pessoa maior de dezoito anos poderá adotar.

O parágrafo único do artigo 1618 reza que, quando a adoção for requerida por ambos os cônjuges ou companheiros, poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos; não sendo a idade de dezoito anos requisito para o casal; basta que somente um dos companheiros tenha a idade exigida de dezoito anos:

Parágrafo Único - a adoção os ambos os cônjuges ou um poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 anos de idade, comprovada a estabilidade da família (BRASIL. Código Civil (2002), Art. 1.618).

Diniz (2008) ensina que é imprescindível a efetivação por maior de 18 anos, independente do estado civil, desde que seja comprovada a estabilidade familiar.

Neste sentido, Rizzardo (2007, p. 544) aduz que: “O limite de 18 anos não é suficiente para o adotante ter consciência ela de seu ato, embora atingida a maioridade. É que a maioridade não significa maturidade. Nem condições psíquicas, econômicas e emocionais a maioridade das pessoas revela na fase da vida.”

A idade mínima para adotar é de 18 anos, mas não se tem uma idade máxima estabelecida por lei. Porém, o mais importante para adotar não é a idade, e sim, os laços afetivos que envolvem adotantes e adotados.

Também há o enfoque sobre a questão da diferença etária entre adotante e adotado. Dispõem os artigos 1619 do Novo Código Civil e artigo 42, parágrafo segundo, do Estatuto da Criança e Adolescente, que o adotante deverá ser 16 anos mais velho do que o suposto adotado. Porém, encontra-se na jurisprudência o entendimento de que, em razão da adoção ter como principal objetivo, trazer vantagens para o menor, a lei vem sendo interpretada de forma mais flexível, sem tantas formalidades, como no exemplo da jurisprudência, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde foi concedido o direito de adoção, em observância a vantagem para o menor, mesmo não tendo a diferença de idade exigida por lei.¹

Há que se ressaltar que, em termos de maturidade para a formação de uma família, muitas pessoas que, para fins de adoção, não atingem a diferença etária de dezesseis anos de idade em relação ao adotado, estão aptas para se beneficiarem do mesmo instituto, quando

¹ Adoção-Inobservância de requisito do § 3º do artigo 42 do Estatuto da Criança e Adolescente, Vantagem para o menor-Atenuação do rigorismo formal da lei. –Se a adoção é vantajosa para o menor, é de ser deferido seu pedido, ainda que não ocorra a diferença etária entre adotante e adotado, requisito constante do § 3º do artigo 42 do Estatuto da Criança e Adolescente, tendo em vista que, diante da finalidade precípua da adoção, que é o bem-estar do adotando, deve ser atenuado o rigorismo formal da lei. (TJ-MG) – Apelação Cível nº 4779/5-Comarca de Ponte Nova-Relator: Dês. CAETANO CARELOS-DJ de 4-11-94.

cientes de que a constituição de uma família traz responsabilidades que deverão ser cumpridas pelos pretendentes à adoção.

Outro requisito importante é a concordância do adotado, se esse for maior de 12 anos de idade, e a de seu representante legal, se for menor de 12 anos. Só será dispensado o consentimento dos pais, se eles tiverem sido destituídos do poder familiar.

A lei não faz qualquer distinção em relação ao estado civil do pretense adotante, pouco importando se é solteiro, casado, divorciado, ou se vive em concubinato. Entretanto, na hipótese de ser casado ou manter uma relação de concubinato, a adoção deverá ser pretendida e solicitada por ambos que, necessariamente, participarão juntos de todas as etapas do processo, constituindo como objeto de exame e avaliação, a estabilidade desta união.

O artigo 42 § 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, diz que

Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

Importante considerar que a exigência legislativa de matrimônio ou união estável para adoção conjunta, aparentemente afasta a adoção por pessoas do mesmo sexo. Como afirma Dias (2010, p. 14), “perdeu o legislador uma bela chance de explicitamente admitir – como já vem fazendo a jurisprudência – a adoção “homoparental”, o que é decorrente da “bancada evangélica conservadora do Congresso Nacional” que não aceitou a inovação (MEDEIROS, 2010, p. 8).

A referida opção do legislador não foi bem recebida pelo doutrinador, Pae Kim (2010) que, com base no neoconstitucionalismo, princípio da igualdade e direito fundamental de constituir uma família sem discriminação da preferência sexual, reconhece o direito de um dos membros ou de ambos que compõem o casal homoafetivo de adotar a criança, constando no registro o nome dos pais, bem como o nome dos ascendentes.

Igualmente, Silva (2010) reconhece a possibilidade de estabelecer “o vínculo de filiação e paternidade socioafetiva entre uma criança ou um adolescente e um casal

homoafetivo” (2010, p. 39), desde que respeitado o pressuposto do melhor interesse para o adotando.

Nessa esteira, após o primeiro caso de repercussão nacional que ocorreu em Catanduva/SP, em que “um casal homossexual masculino obteve a adoção de uma menina de cinco anos, bem como a autorização judicial para registrarem conjuntamente a paternidade dela em seu assento de nascimento” (SILVA, 2010, p. 41), outros julgamentos se seguiram nesse sentido.

Apesar dos argumentos contrários à possibilidade de adoção conjunta por casal homoafetivo e do conservadorismo do legislador que deixou de positivizar situação de fato amplamente reconhecida pelos tribunais, desde que respeitado o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, não há óbice que casais homoafetivos continuem constituindo família com filhos, por meio da adoção, interesse do menor.

Aliás, como bem explica Pae Kim (2010, p. 34):

Ademais, há que se salientar que desde a época de setenta, pesquisadores americanos vêm realizando estudos em famílias consideradas como não convencionais e, entre elas, as famílias que vivem em comunidades com casais homoafetivos, e já concluíram que as crianças com os pais do mesmo sexo são tão ajustadas, em termos comportamentais, quanto às crianças com pais heterossexuais. Também as meninas demonstraram ser femininas, assim como os meninos se mostraram tão masculinos como os demais.

Nesse sentido, também Lôbo (2009) conclui não haver fundamentação científica para esse argumento, pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstraram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados.

No sentido dos argumentos acima transcritos pela doutrina e seguindo a jurisprudência em todo o território nacional, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça julgou pela primeira vez recurso sobre adoção por casal homossexual feminino, com base no parecer favorável do Ministério Público Federal e laudo da assistência social recomendando a adoção. Trata-se de decisão inédita para o Direito de Família, voltada à decisão para o melhor interesse das crianças.

Outro requisito muito importante para os adotados é a idoneidade moral, haja visto que a criança precisa de boas referências para sociedade, portanto, os pais da criança precisam ter uma conduta correta, não ofendendo os princípios éticos de uma vida em sociedade.

É necessário que a criança tenha bons exemplos, e que não haja pessoas que a maltrate.

3.1.7 Consentimento do Adotado

Requisito indispensável para a adoção é o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo se um desses exerce sozinho o poder familiar, se o adotando for menor (12 (doze) anos incompleto) ou incapaz. De acordo com o artigo 1.621 do Código Civil: “A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.” O parágrafo 1º deste artigo trata da dispensa de consentimento e preceitua que: “O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar”.

A adoção não pode ser imposta, desconsiderando a relação de filiação existente. A necessidade do consentimento dos representantes legais do adotado, especialmente dos pais, envolve a autonomia dos sujeitos. O direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não podendo ser suprido por decisão judicial. (Lôbo, 2009).

Quanto ao menor desamparado, o Código Civil de 2002, no seu artigo 1624, extingue o consentimento:

Art.1.624 - Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo este dispensado quando a criança ou adolescente tenha pais desconhecidos ou haja destituição do pátrio poder. Diniz (2010, p.529) afirma que “em caso de adoção de menor órfão, abandonado, ou cujos pais foram inibidos do poder familiar, o Estado o representará ou assistirá, nomeando o juiz competente um curador”.

Parece óbvia a coerência da dispensa, eis que inviável o consentimento. Todavia, não se afasta a necessidade da citação, no processo instaurado para a adoção. Não conseguida a citação pessoal, far-se-á por edital, com a posterior nomeação de curador, caso não houve o seu comparecimento nos autos do processo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), nos seus artigos 28 §1º e §2º, estabelece que a criança e o adolescente tenham direito a opinar, sempre que possível.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência

Ainda no art. 45 da ECA (BRASIL, 1990) temos que: “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.” Os §§ 1º e 2º dispõem sobre o consentimento. O § 1º diz: “O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.” O § 2º declara que: “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessária o seu consentimento.”

Portanto, a autoridade deve avaliar com extremo cuidado a opinião do menor adotando, em prol de seu bem estar.

3.1.8 Efeitos da Adoção

A adoção, nos moldes ora estabelecidos, é irrevogável (ECA art. 39 § 1º), não podendo ser extinta por ato das partes. Uma vez estabelecida a adoção, a sentença somente pode ser rescindida de acordo com os princípios processuais.

A adoção possui efeitos pessoais e patrimoniais. Os principais efeitos pessoais são a filiação legal e a transferência do pátrio poder. O adotado assume legalmente uma filiação legal e o adotante, a paternidade. As relações familiares se estendem à família do adotante. No contraponto, o adotado se desliga de todos os vínculos com sua família de origem. Importante é frisar que a extinção, suspensão ou destituição do pátrio poder dos adotantes não restaura o dos pais biológicos (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Art. 49, ECA).

Embora a lei iguale todos os direitos dos adotantes, e insira-o integralmente na família de adotante, ressalva os impedimentos matrimoniais. O impedimento matrimonial, por força do parentesco biológico, é irremovível na esteira de razões morais, éticas e genéticas. Nesse diapasão, os impedimentos atingem o adotado com relação a ambas as famílias, a adotante e a biológica. (VENOSA, 2008).

O Código Civil também especifica a isonomia que cabe a todos os filhos:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL. Código Civil brasileiro (2002))

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) também traz a sua manifestação sobre o tema e dispõe sobre as suas condições:

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

O sobrenome dos pais adotantes é direito do adotando, que não pode ser dispensado. Se os pais já têm outros filhos biológicos ou adotados, o sobrenome a ser atribuído ao adotado deve ser comum, para não gerar discriminação, atitude vedada constitucionalmente. Se forem dois adotantes, sem outros filhos, o sobrenome deve acompanhar o costume brasileiro, compondo-se sucessivamente com os sobrenomes da mãe e do pai. Se apenas um é o adotante, segue-se integralmente seu sobrenome; se o cônjuge ou o companheiro adotar o filho do outro, segue-se a regra comum da composição dupla; se o adotado for pessoa maior, com filho, este terá direito, igualmente, à modificação do sobrenome, de modo a adequá-lo de acordo com o do ascendente e do descendente adotante. (LÔBO, 2009)

Ainda para Lobo (2009 p.263) “a sentença judicial deve consignar expressamente, é a atribuição ao adotado do sobrenome do adotado, podendo este requerer que também o prenome seja alterado.”

O Artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) preceitua que:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro

5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome

No caput do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), está garantido o direito à vida, à saúde, à educação e ao lazer, entre outros direitos. Esta doutrina afirma o valor essencial da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadoras da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua

vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

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

Quanto aos efeitos patrimoniais, o filho adotivo concorre com igualdade de condições com os filhos de sangue, em face da paridade estabelecida pelo artigo 227 § 6º, da Constituição Federal de 88 e no Novo Código Civil, no artigo 1596.

Artigo 227 § 6º F/88 - “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”.

Art. 1.596 do novo Código Civil: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O artigo 227, § 6º da Constituição de 1988, como também o artigo 1596 do novo diploma civil, estabeleceram a isonomia entre os filhos adotados e legítimos, dando aos dois os mesmos direitos, corrigindo as injustiças e discriminações anteriores, quanto aos direitos sucessórios. O adotivo hoje, por preceito constitucional, é tão filho como qualquer outro na condição de legítimo, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Na Linha Colateral, na falta de parentes mais próximos, o adotivo, como acontece com o filho biológico, sucede até quarto grau, isto é, pode ser contemplado no inventário por morte dos tios.

A adoção, deferida por sentença transitada em julgado, é irrevogável (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), art. 48 e 49). Não há regra semelhante no Novo

Código Civil, mas a adoção seguirá sendo irrevogável por duas razões: primeira, porque atribui ao adotado a condição de filho; segunda, porque é sempre deferida por sentença judicial.

Cabe também a adotantes e adotados, o direito a cobrar alimentos, pois se tornam parentes. A prestação de alimentos é decorrência do parentesco que se estabelece. “São devidos alimentos pelo adotante nos casos em que o pai o são pelo pai ou filho biológico, quanto aos adotados o direito de receber alimentos, enquanto menores e se maiores, se não puderem prover o próprio sustento”(GONÇALVES, 2008. p 361)

O adotante, enquanto no exercício do poder familiar, é usufrutário e administrador dos bens do adotado (BRASIL, Código Civil Brasileiro (2002), art. 1689, I e II) como compensação pelas despesas com a sua educação e manutenção, em substituição aos pais.

4 METODOLOGIA E ANÁLISE DE CONTEÚDO²

4.1 Aspectos Metodológicos

A pesquisa é uma atividade voltada para a solução de problemas, através do emprego de processos científicos. Ela parte de uma ou mais dúvidas ou problemas e, com o uso de métodos científicos adequados, busca respostas e soluções. A solução somente poderá ocorrer quando o problema levantado tiver sido trabalhado com instrumentos científicos e procedimentos adequados.

A pesquisa pode ser entendida como um procedimento reflexivo sistemático, controlado e crítico, que permite descobrir novos fatos ou leis, em qualquer campo de conhecimento, cujas respostas existentes não são satisfatórias.

O presente trabalho pesquisas bibliográficas, onde através do método de pesquisa científica, delimitou-se o tema, a definição do problema, a justificativa, os objetivos gerais e específicos, introdução e conclusão.

A pesquisa bibliográfica é uma etapa fundamental em todo trabalho científico e influenciará todas as demais etapas de uma pesquisa, na medida em que fornece o embasamento teórico em que se baseará o trabalho. Consiste no levantamento, seleção, fichamento e arquivamento de informações relacionadas à pesquisa.

A pesquisa bibliográfica abrange a leitura, análise e interpretação de livros, periódicos, documentos mimeografados ou xerocopiados, mapas, fotos, manuscritos, etc. Todo material recolhido deve ser submetido a uma triagem, a partir da qual é possível estabelecer um plano de leitura. Trata-se de uma leitura atenta e sistemática que se faz acompanhar de anotações e fichamentos que, eventualmente, poderão servir à fundamentação teórica do estudo.

² Parte do conteúdo deste tópico foram retirados de: MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica para o curso de direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. AMARAL, João J.F., **Como fazer uma pesquisa bibliográfica**, 2007, Ceará, disponível em: www.ftpacademico.fatern.edu.br/.../COMO%20FAZER%20UMA%20PESQUISA%20BIBLIOGRÁFICA.pdf, acesso em 02.nov.2010

É imprescindível, portanto, antes de todo e qualquer trabalho bibliográfico, fazer uma pesquisa exaustiva sobre o tema em questão, e não iniciar a coleta dos dados para

Só depois fazer a revisão de literatura. Essa pesquisa auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como um conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa

Um trabalho bibliográfico não poderia deixar de ter explanações que devem seguir um liame de modo a facilitar a compreensão e o entendimento, o conteúdo e o aproveitamento do conteúdo. Por esse motivo, será abordado no primeiro, o conteúdo. Depois, as características e os demais requisitos e, por fim, chega-se aos exemplos, aos anexos e à bibliografia. Tudo em uma linguagem que facilite o entendimento primário sobre como se inicia a pesquisa desejada

A pesquisa bibliográfica é o passo inicial na construção efetiva de um protocolo de investigação, para Manzo (1971, p. 32 apud. MARCONI, 2001, p. 56), afirma que a bibliografia “oferece meios para definir, resolver não somente problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente”.

Portanto, tanto para a escolha do assunto, como após a sua escolha é necessário fazer uma revisão bibliográfica do tema apontado. Pois a pesquisa bibliográfica auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como num conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa.

Portanto, tanto para a escolha do assunto, como após a sua escolha é necessário fazer uma revisão bibliográfica do tema apontado. Pois a pesquisa bibliográfica auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como num conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa.

A pesquisa bibliográfica abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, meios de comunicação como rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais (filmes e televisão).

Segundo Leite (1978, p. 59), no campo jurídico, a pesquisa bibliográfica é o método por excelência de que dispões o investigador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas

Na área jurídica, se o assunto for uma norma jurídica, tem-se uma fonte primária; já a doutrina e a jurisprudência relativa a ela serão fontes secundárias. As fontes primárias aquelas que complementam o texto principal; e fontes secundárias, as monografias ou livros relacionados com o tema. Essa separação para muitos autores só tem validade quando se trata de trabalho sobre um autor e/ou sua obra (fonte primária) e os comentadores desse autor ou suas obras (fonte secundária)

Para a realização deste trabalho foi utilizada as fontes primárias e secundárias, e a pesquisa por ser de cunho bibliográfico abrangeu oito fases:

- a escolha do tema;
- delimitação do tema;
- apontamentos;
- identificação;
- definição dos termos;
- fichamentos;
- análise dos termos;
- redação.

Vale salientar que, assim como diz Gonsalves (2005, p 12), que apesar de ser um trabalho bibliográfico, este não se trata de uma série de resumos, mas sim de uma série de análises pessoais sobre os conteúdos compilados e contribuem para elucidar a importância da possibilidade de Casais Homoafetivos adotarem uma criança, protegidos pela lei e

5. ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NA NOVA CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.

5.1 Construção Jurídica da Adoção no Brasil

A adoção, de acordo com a evolução histórica, mudou seu caráter de assegurar direitos do adotante de cunho patrimonial, a garantir o direito do adotando de cunho afetivo e social.

A adoção é o ato de tomar para si como filho, aquele que está destituído do poder familiar, de forma permanente, por meio das vias judiciais, perante o juiz com competência na área da infância e juventude. Se a adoção é em benefício de maiores, será procedida nas Varas de Família. Antes de tudo, é uma medida protetiva que leva em consideração somente o interesse daquele abandonado, possibilitando o desenvolvimento físico, educacional, moral e espiritual, em uma família calorosa, sadia, que possa proporcionar amor e um lar à criança.

Há alguns séculos, no Brasil, o conceito de família era o de casamento entre pessoas do sexo oposto. Quando esses, por algum motivo, não pudessem mais ou não desejassem ter filhos, adotariam uma criança para assim possuir uma família completa. Com o passar dos anos, a sociedade evoluiu, o conceito de família foi mudando, reconstruindo-se com as novas formas de família que a sociedade adotou. Hoje, com o pluralismo familiar prevista no texto constitucional de 1988 e no Código Civil de 2002, a família não se consolida só com o casamento, existem as famílias monoparentais, e também a união estável que possui os mesmos direitos outorgados ao casamento civil, mas mesmo com todas essas transformações, a adoção por casais homoafetivos ainda é burlada pela lei.

As famílias formadas por pessoas do mesmo sexo não é algo novo, sempre existiram e não constituem minoria. Ainda não há lei que regularmente nem a união homoafetiva como união estável, já que esta possui os mesmo requisitos de uniões heterossexuais, nem a adoção por casais do mesmo sexo, o que gera um atraso no nosso sistema jurídico, por ainda ter instituído como o da adoção por casais homoafetivos, sem regulamentação legal.

No que diz respeito à construção de uma família, na ausência da biológica, o instituto da adoção possibilita que uma família substituta assumira os deveres e adquira

também direitos para com as crianças e adolescentes, decorrente do seu novo posicionamento, no lugar da família natural.

A lei que regula a questão da adoção no Brasil, por excelência, é a Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgada em 13 de julho de 1990, que, até hoje encontra dificuldade de ser executada na íntegra, por falta do *animus* político. Pode-se constatar que as ações e políticas de atendimento à família encontram-se em flagrante fragmentação e praticamente inexistentes.

A partir de 1990, entrou em vigor o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a vigorar no país, estabelecendo um novo modelo jurídico e social moderno e que estabelece as relações da assistência à infância e à adolescência.

Com a promulgação do ECA, vieram à tona os fundamentos e princípios de proteção integral, defendida pela ONU e pela Declaração Universal dos direitos da Criança. Os menores passaram a ser considerados como indivíduos em fase de desenvolvimento, com direito a proteção integral, inclusive de um lar e de uma família, mesmo que esta não seja a família de origem.

A partir de então, as crianças abrigadas em orfanatos passaram a ter o direito jurídico de serem encaminhadas para uma família substituta, como medida protetiva que se preocupa prioritariamente com os interesses da criança e do adolescente, conforme medida protetiva do artigo 101 do ECA.

Dentro desse preceito, constata-se que, conforme o ECA, em seu artigo 19, toda criança e adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família, e caso não seja possível, cabe às autoridades, diante da vontade de uma família substituta, assegurar para a criança uma convivência familiar e comunitária adequada.

Acompanhando esse entendimento da sociedade e da família, o direito passou a regular a adoção visando à proteção das crianças, e exigindo maior intervenção do estado para realizar esse propósito.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o interesse maior a ser resguardado é o do menor. A adoção oferece uma família à criança ou ao adolescente desamparado, proporcionando-lhe uma vida digna.

A adoção mostra-se assim, como um mecanismo importante: ao mesmo tempo em que permite que pessoas venham a ter um filho, quando impossibilitadas por meios naturais,

possibilita, também, que a criança ou adolescente em situação de abandono, encontre o devido amparo.

Com a promulgação das normas legais da atualidade, a assistência à criança e ao adolescente deixou de ser vista como uma questão de assistencialismo e passou a ser considerada como uma questão social, onde se busca a integração da criança dentro da família, e não de uma instituição. A constituição Federal em seu art. 227 estabelece:

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

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros

Já a Lei 8.069, de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, veio regulamentar o citado § 5º do artigo 227 da CF88, ao dispor, em seu artigo 42 que os maiores de vinte e um anos, independente de estado civil podem adotar.

Entretanto, a Lei 12.010 de 2009 alterou esse artigo, o qual passou a vigorar da seguinte forma: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.” (Art. 42)

No Estatuto da Criança e do Adolescente (BASIL, 1990), tendo em vista o objetivo de proteger os menores, evidencia-se importante aproximação deste diploma com o novo Direito de Família, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988 e da realidade atual plural das unidades familiares. Não poderia ser diferente a orientação do ECA, na medida em que a Constituição Federal dirige-se à família e aos pais, no caput dos artigos 226, 227, 229 e 230, sem distinção de qualquer natureza.

No tocante ao Código Civil, o novo diploma não se manifestou acerca da família homossexual, não conseguindo, o legislador, harmonizar as normas do Código Civil, em face da evolução social da convivência familiar.

Ao se analisarem os dispositivos, observa-se que nenhum deles faz qualquer menção sobre impedimento de casais homoafetivos adotarem crianças e adolescentes. Deve-se ainda considerar que o art. 43 do ECA, estabelece que “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”

Importante é salientar que seja com enfoque no Código Civil, seja com base no ECA, ou em ambos, a adoção cumpre uma função social considerável e deve ser compreendida sem preconceitos.

5.2 Fundamentos Constitucionais a Cerca da Adoção por casais homoafetivos no Brasil

Nunca houve uma Constituição que resguardasse tanto o direito do cidadão como a Constituição Federal de 1988. Diante de uma constituição chamada de cidadã, que surgiu em um momento de evolução política, reconheceu que somente é possível um Estado democrático se respeitados os direitos humanos abrigando todos os direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos.

Logo, a Carta Magna de 1988 concebeu a cidadania e a dignidade da pessoa humana e trouxe como um dos objetivos fundamentais a prerrogativa de que o Estado pudesse construir aquilo que estava propondo a Constituição acabando dentre outros, com o fator de discriminação.

Com relação ao homossexualismo, encontramos várias contradições no ramo do Direito e é o que está garantindo a muitos, a condição de se socorrer ao judiciário para pleitear direitos que os mesmos julgam ter.

5.2.1 Princípio da inafastabilidade do poder judiciário na proteção da adoção por casais homoafetivos

A lei existe em decorrência da prática cotidiana. A norma é a previsão do caso concreto de forma positivada para facilitar o ajuste social. Porém, o julgador não pode se eximir se diante de fatos, não houver lei prevista para a conduta, portanto deverá buscar outras fontes fundando-se no caso concreto (LENZA, 2008).

O magistrado, diante do caso concreto, não deve ater-se somente à norma fria e positivada, sendo avaliada de forma isolada. Deverá ver todo o contexto onde será pautada a sua decisão, usando assim do princípio da adequação que corresponde à medida a ser adotada no caso concreto.

Os homossexuais estão buscando seu direito de adoção junto ao Poder Judiciário por acreditar que existe fundamento legal para o pedido. Percebe-se que vários magistrados estão entre a decisão do que acham correto e com a repercussão da sua sentença diante da sociedade. Sendo para o sim ou para o não, os juízes encontraram opiniões favoráveis ou desfavoráveis a sua decisão

Por se tratar de uma ordem constitucional, o magistrado tem a obrigação de responder o direito ora pleiteado pelos homossexuais, sendo assim, o juiz tem que julgar o pedido de adoção dos pares homossexuais. O juiz deverá mostrar seu entendimento e dar o seu posicionamento baseado nas normas que possui, usando de toda equidade para conseguir fazer o que em seu entendimento, é justo.

Tal obrigação de decidir está pautada no princípio aqui analisado onde “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” decorrente do dispositivo Constitucional, art. 5º, XXXV.

O fato de a Constituição Federal reconhecer a todas as pessoas, o direito a obter a tutela judicial efetiva por parte dos juízes ou tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, não a desobriga ao cumprimento das condições da ação e pressupostos processuais legalmente estabelecidos. Dessa forma, essas previsões não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de requisitos objetivos e genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas regulamentam-no.

Nesta linha, todos têm direitos idênticos, além da garantia de igualdade assegurada no texto da lei. A disposição legal, art. 5º CF 88 preceitua:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, Constituição Federativa do Brasil (1988), art. 5º).

Outros fundamentos constitucionais também são dignos de apreciação, como o fato de ninguém poder ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, CF, art. 5º, inciso II). Portanto, não se pode negar, sem limitação legal, o direito de pares homossexuais adotarem uma criança ou adolescente e lhes assegurar uma família, o afeto e à felicidade, ou seja, o direito a uma existência digna.

Além da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 regulou, quase no todo, a matéria do ECA, devendo ser aplicado segundo o critério da atualidade. Todavia, naquilo que não foi regulado, aplica-se o ECA, critério da especialidade, que traz a especialidade.

5.2.2 Princípio do Melhor interesse da Criança na adoção por casais homoafetivos

O século XX é o século de valorização e proteção da criança. Nesse momento, redigem-se os seus direitos básicos, admitindo-se que se trata de um ser inocente, desprovido de maldades, portanto um ser humano peculiar e que tem direitos próprios.

A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem vários direitos da criança que devem ser respeitados pelo Estado, pela família e pela sociedade, a fim de garantir segurança à criança no seu desenvolvimento moral e intelectual. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), art. 3º destaca que o primeiro aspecto a ser alavancado é o “interesse superior da criança”.

Há que se salientar que o reconhecimento e a utilização da doutrina jurídica da proteção e o princípio do melhor interesse da criança decorreram da valorização legislativa da família oriunda do advento da Constituição Federal de 1988, em que aquela se consolidou como espaço de afetividade, desenvolvimento e realização dos seus membros e não mais como uma instituição que por si só deveria ser preservada, assegurando-se a paz domiciliar a qualquer custo.

Considerando-se a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar de maior proteção.

PEREIRA (2004) defende que para a averiguação do que se entende por melhor interesse, há que se considerar o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. De igual

modo, defende o mesmo autor, que o fato de ser um princípio traz em seu bojo uma indeterminação a ele inerente:

Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser 'prima facie'. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto. (PEREIRA, 2004, p.91)

Portanto, não há que se negar a adoção pro pares homoafetivos se prevalecer o melhor interesse da criança, tendo em vista que o fato de ter dois pais ou duas mães pode muito bem trazer à criança, uma condição de viver em um lar harmonioso e sem grandes conflitos.

O magistrado precisa observar, em primeiro lugar, o lar ao qual a criança estará se inserindo e não a opção sexual dos adotados, pois, pode ocorrer que um casal do mesmo sexo ofereça à criança, uma estrutura familiar que ela não poderia encontrar em um casal heterossexual.

5.2.3 Princípio da igualdade na adoção por casais homoafetivos

Os Direitos Humanos cada vez mais são enaltecidos, apontando dentre outros aspectos, o direito à liberdade e a igualdade. A igualdade de todos diante da lei é uma garantia constitucional, assegura que o julgador tenha total imparcialidade quando opinar sobre o direito pleiteado.

No entanto, a modificação ocorrida com o novo Código Civil, em 2002, não trouxe nada que abarcasse de forma expressa a possibilidade de adoção por pares homossexuais, sendo assim, a lei que institui os requisitos para adoção, não incluiu os homossexuais, mas tampouco os excluiu.

Partindo da premissa de que todos são iguais diante do texto legal, logo a aplicação da lei tende a ser igual para todos. Na prática, contudo, pessoas são discriminadas,

no caso em análise, pela opção sexual. Sobre isso, convém citar o entendimento do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. (MELO, 2005, p. 31)

A lei dever ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em um razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma forma de discriminação.

É penoso que não se tenha uma norma positiva, garantindo a adoção pelos pares homossexuais, pois se a lei advém dos princípios, os legisladores perderam uma ótima oportunidade para mostrar o dinamismo do direito.

Claro e certo que todos conseguem visualizar a sociedade atual porém, em vez de facilitar por meio de normas, aquilo que é fato, preferem abalroar ainda mais o judiciário com processos e mais processos. Seria perfeita a avaliação dessa adoção com caráter objetivo, em vez de ficar utilizando-se de várias vias, quando apenas um dispositivo legal encerraria o caso. Não se pode desigualar as pessoas por preconceito, agindo de forma arbitrária e impedindo os cidadãos de buscarem de forma justa algo que melhoraria suas vidas.

Os direitos humanos não estão restringidos a uma classe de pessoas apenas, portanto todos devem respeitar a particularidade de cada um, inclusive de querer formar uma família, mesmo que não seja uma família-padrão, aos olhos da sociedade.

A declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, em seu art. 7:

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (ONU, Declaração dos Direitos Humanos (1948), art 7º).

Considerando essencial que os Direitos Humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, é viável reprimir a opressão aos homossexuais, pois é essencial gerar harmonia e o desenvolvimento de bons comportamentos às relações entre nações.

5.2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na adoção por casais homoafetivos

A Carta Magna (BRASIL, 1988) traz, em seus primeiros artigos, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve, dentre outros, como norteador do sistema jurídico e, a partir dele serve para a formação de um Estado Democrático de Direito que prega igualdade a todos.

O art. 5º da CF 88 consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos a mesma dignidade, pelo simples fato de serem pessoas humanas, só admitindo a relativização da dignidade de uns em relação à de outros, por força do aspecto material da isonomia. Isso porque a dignidade humana constitucionalmente consagrada garante a todos, o direito à felicidade

Dessa forma, considerando a inexistência de uma motivação lógico-racional que justifique a discriminação de casais homoafetivos em relação a casais heteroafetivos, por conta unicamente da orientação sexual e do sexo de um dos membros do casal, assim como pela inexistência de coerência de dita discriminação com os demais valores constitucionais, então afigura-se inconstitucional o não-reconhecimento da adoção por casais homoafetivos – pelos direitos negados (isonomia) e pelo arbitrário menosprezo aos casais homoafetivos que só serão verdadeiramente felizes se puderem consagrar sua união pelo casamento civil, por toda a simbologia que ele traz.

Assim, embasado no princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum magistrado pode indeferir a adoção pleiteada por um casal do mesmo sexo, tendo em vista que ninguém pode ser discriminado por qualquer natureza, muito menos por sua orientação sexual.

Ante a incoerência do não-reconhecimento da adoção por casais homoafetivos com os valores constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, afigura-se indispensável à aplicação da interpretação extensiva ou da analogia para reconhecer a adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Vale lembrar que a doutrina constitucionalista majoritária não admite, em hipótese alguma, a existência de conflitos reais entre normas constitucionais originárias, afirmando que tratar-se-iam de meros conflitos aparentes, solucionáveis pelos princípios gerais de hermenêutica.

Nesse sentido, os princípios da unidade da Constituição, da máxima efetividade das normas constitucionais e da concordância prática, notórios princípios de interpretação constitucional, demandam pela aplicação de interpretação extensiva ou analogia para reconhecer a adoção por pares homoafetivos, pois do contrário, não haverá unidade entre as normas constitucionais em conflito, não terão elas uma máxima efetividade, tendo em vista que a dignidade humana e a isonomia terão sido arbitrariamente afastadas ante a irracionalidade da discriminação da adoção homoafetiva e inexistirá a concordância prática almejada, ante o sacrifício dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia no presente caso.

5.3 A possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos

A adoção é uma medida que insere uma pessoa, em um seio familiar pelo predomínio do afeto. Apresenta no Brasil, uma relevância jurídico-social atual, mesmo o seu histórico demonstrando uma aplicabilidade muito antiga. Devido a Constituição de 1988, tanto as possibilidade de formação das famílias, como os vínculos de parentesco se ampliaram, apesar dos preconceitos históricos sobre a filiação que não resultou de um ato sexual, dentro do matrimônio, ou seja, a adoção.

Observa-se que a adoção é uma saída benéfica para ambas as partes. Ou seja, tanto para a criança ou adolescente que terá uma melhor chance de vida, como também para os pais adotivos, que realizaram o sonho de constituir uma família. Mas há exigências legais indispensáveis para que ocorra a adoção. Esse processo não é nada simples, pelo contrário é um processo muito cuidadoso, no qual é necessário preenchimento de requisitos, que só

depois de preenchidos, e o juiz ter acolhido a inicial, sendo o casal capaz, após uma avaliação psicossocial, estes poderão inserir a criança ou adolescente na sua vida, como uma família substituta.

Hoje no Brasil, existem milhares de crianças querendo ter um novo lar e uma nova família, algumas destas crianças poderiam ser adotadas por casais homossexuais com muita facilidade, se não fosse dificultada por preconceitos e pela falta de uma lei que libere a adoção. Na verdade, bastaria uma nova interpretação dos magistrados, pois a atual lei que regulamenta a adoção de crianças e adolescente é omissa a essa nova realidade.

Juridicamente, nas leis que regem a adoção, não há nada que regularize, como também não há nada que proíba um casal homoafetivo, de adotar um criança ou um adolescente. Não existe fundamentação pertinente para alegar que o ato da adoção por pares homossexuais seria proibido já que adoção é tida como um ato nobre, instituído pelo Código Civil (2002) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). A adoção não é um ato só jurídico, é principalmente um ato de afeto que visa ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Pode-se afirmar que a possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos está fundamentada não só nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Deve-se atentar para o fato de que o direito deve acompanhar os anseios da sociedade, de forma a acolher tal possibilidade. E mais, que a lei de introdução ao Código Civil, em seu art. 4º diz que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” E no seu artigo 5º, complementa ordenando que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Por ser este um caso de omissão legislativa, cabe a aplicação analógica, ou consuetudinária do direito, além de que cabe, também (e principalmente), uma busca dos princípios gerais do direito; sempre atendendo aos fins sociais da lei, e às exigências do bem comum. E o que se verifica é que todos estes caminhos levam à possibilidade das adoções, por pares homossexuais. .

Pela analogia, conclui-se que é possível equiparar a adoção por homossexuais à adoção por heterossexuais, posto que o único elemento discrepante é a orientação sexual do

adotante, o qual não é elemento essencial da adoção, de forma que ambas são exatamente iguais.

Pelos costumes, é igualmente possível o deferimento da adoção a casais homoafetivos, posto que a sociedade, de forma geral, adapta-se às novas formas de se constituir uma família.

Pelos Princípios Gerais de Direito – da isonomia, como também o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da não discriminação por orientação sexual e da legalidade, todos expressos no texto constitucional de 1988, não é possível privar os homossexuais do direito à adoção.

E, pelos fins sociais do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica ainda mais flagrante a possibilidade da adoção por homossexuais, uma vez que tal lei busca, acima de tudo, resguardar a dignidade da criança e do adolescente, procurando garantir-lhe um lar seguro, que lhe ofereça amor e carinho, independente da orientação sexual daqueles que lhe acolhem.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a legislação que trata da adoção aqui no Brasil e esta não apresenta nenhum impedimento para esse tipo de instituto. Do contrário, dentre seus artigos, destaca-se o art. 43 que afirma: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo”. Ou seja, fundamentado no artigo 43 do ECA, esse tipo de adoção deve ser deferido, pelo fato de ser totalmente vantajoso para as crianças e adolescentes, pois estas sairiam dos orfanatos para terem um lar, ou seja uma família de verdade.

Com relação ao Novo Código Civil e seus artigos referentes à adoção, pode-se afirmar que estes não revogam o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando assim tutelar o melhor interesse do menor. Então, se o interesse é o melhor para o menor e não existe nenhum impedimento legal que proíba esta adoção, fica claro que o que está sendo levado em consideração para o indeferimento deste pedido é o preconceito que a sociedade tem para com os homossexuais. É por causa desse preconceito que muitas crianças são privadas de um lar, atenção e amor. Se isso fosse superado, com certeza uma boa parte dos problemas da adoção seria resolvida

Nem na Lei de Registros Públicos 6.015/73 encontra-se óbice ao registro. Sendo, de exigências meramente formais, nela não se encontra óbice sobre que o registro indique,

como pais, duas pessoas do mesmo sexo. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê apenas, no art. 47, que: “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”. O § 1º do mesmo artigo, igualmente, não discrimina, com base no sexo biológico: “a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes”. Se, quando se está diante das chamadas “produções independentes” ou de adoções deferidas a uma pessoa solteira, faz-se constar somente o nome de um ser humano como pai ou mãe, não há por que haver resistência em formalizar os nomes de duas pessoas como pais ou mães, somente por serem do mesmo sexo.

No entanto, permanece a resistência em conceder a adoção a um casal que mantenha união homoafetiva. As justificativas são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar, ausência de referências de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando, obstáculos na lei dos Registros Públicos, entre outros. Mas na verdade, o motivo pode ser um só: o preconceito.

Quando se fala em preconceitos, não se pode esquecer que é na religião onde se encontra a maior fonte de preconceito. Com relação aos homossexuais, apresentam duas posições: a primeira, a de que o homossexualismo é um pecado, ou seja, uma ofensa a Deus. Chega até mesmo a ser considerado uma aberração, pois Deus criou o homem e a mulher com a finalidade de perpetuar a espécie. Já a outra posição ampara a homossexualidade, achando normal fato que sempre ocorreu na história evolutiva do homem. Para essa posição, o ser humano já nasceu homossexual e com o tempo se descobre como tal. Além do fato moral e religioso, existe outra questão que é a social.

Essa questão, definitivamente não é um fato contra a adoção. Sabe-se que os grandes responsáveis por essas crianças e adolescentes que se encontram abandonadas são os Pais, a Sociedade e o Estado. Sabe-se que o Estado nem sempre cumpre o seu papel devidamente. Diante disso, ousa-se afirmar que uma criança que não tiver educação, saúde, lazer, família, amor, será com certeza um adulto sem nenhuma dignidade, trazendo mais problemas para a sociedade que uma pessoa com orientação sexual diferente.

Dentre as três questões: moral, social e religiosa, a que mais pesa para a aceitação do pedido dessa adoção é a questão moral. Um grande receio desta adoção é com relação à convivência do menor com o casal de homossexual. Teme-se que os menores por conviverem

com pais homossexuais se influenciem com este estilo de vida, e passem a ter a mesma preferência sexual de seus pais adotivos.

Se essa tese fosse verdadeira, não existiriam homossexuais em famílias de heterossexuais. Se uma criança criada por um casal homossexual virasse gay unicamente por esta circunstância, chagar-se-ia à conclusão de que não haveria homossexuais no mundo, pois só se nasce de famílias heterossexuais. Sendo assim, esses filhos seriam influenciados por seus pais a serem heterossexuais também, impossibilitando assim o surgimento de homossexuais

Não só existem preconceitos com relação a casais homoafetivos. O preconceito existe contra gordos, magras, brancos, negros. Na questão de adoção, ainda existe o preconceito de pais diferentes do filho, como uma mãe negra com um filho branco de olhos azuis, constantemente essa pessoa será vista como a babá. Mesmo sofrendo com o preconceito, a criança não se importará se for bem educada, tiver uma boa assistência em casa, diálogos freqüentes, explicação e ter o carinho necessário pra ser feliz

O que importa, na verdade, não é se a criança a ser adotada será criada por um casal hetero ou homossexual, e sim se este casal irá proporcionar ao adotado, todos os direitos que este tem de ser bem educado, ter uma boa infância, um bom lar, com poucos conflitos, onde este possa crescer e vir a ser um grande cidadão, sendo assim não é admissível olhar a orientação sexual na hora de permitir a adoção de uma criança e sim, a estrutura das pessoas quem quer adotar.

Antes de qualquer preconceito, está claro que se deve analisar primeiro o que for benéfico para a criança e o adolescente. Sendo assim, várias decisões favoráveis já foram tomadas com relação à adoção por casais homoafetivos. Apesar de algumas decisões serem inéditas em nosso país, a postura da jurisprudência moderna tem sido admirável. Pois, tem se preocupado com a dignidade do ser humano como um todo.

Assim, diante da diversidade de organização familiar dos dias atuais, e em face ao grande número de crianças que estão abandonadas aguardando adoção, já vem sendo aceita pela justiça, a possibilidade de casais homoafetivos concretizarem esta adoção, como se ver claramente nas decisões de alguns tribunais como a exemplo do TJRS, TJRS, dentre outros, como mostra as decisões em Anexo B, onde os tribunais, não tiveram por obstáculo a

sexualidade dos adotantes, levando em consideração o melhor interesse da criança e seu bem estar, e assim tomou decisões favoráveis a adoção por casais homoafetivos.

Sendo assim, já foi comprovado que essa adoção é admissível e muito justa, pois vários são os fatores que interferem na adoção por homossexual, mas nenhum desses fatores está protegido por lei. Não se pode negar a uma criança o direito de ter uma família, de receber amor, e proteção. A sociedade ainda não percebeu que, com essa atitude, os únicos prejudicados são as crianças e adolescentes. Ou seja, menores que necessitam de um lar para ter uma melhor condição de vida e, principalmente, de afeto. É nessas crianças que se deve pensar, e tirar talvez a única chance de um lar, demonstrando a intolerância das pessoas que se opõem a esse tipo de adoção.

O outro fundamento que faculta o deferimento da adoção por um casal é da esfera constitucional. Não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade em face da preferência sexual de alguém, sob pena de infringir-se não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade a "gays", lésbicas, transexuais e travestis, sob pena de ir contra o texto constitucional que reza sobre o respeito à dignidade da pessoa humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

O instituto da adoção surgiu exatamente com a finalidade de integrar uma criança em um lar, ou seja, é uma forma de proteger as crianças e os adolescentes, e não uma maneira de satisfazer os adultos. Essa sociedade individual e preconceituosa em que vivemos, ainda não percebeu como essas crianças estão infelizes, sonhando somente em ter uma família, independente de quem seja, pois o que interessa é o amor, e sem bem tratada é ter uma família e não ficar a mercê da própria sorte. A solução mais benéfica para esses menores era simplesmente regulamentar esse tipo de adoção.

O que verdadeiramente importa é a vontade da pessoa em fazer uma criança voltar a ser feliz novamente. Não interessa a opção sexual da pessoa e sim, o amor que o menor irá receber. Com isso, não se pode deixar a chance dessas crianças e adolescentes passarem pelo simples preconceito de uma sociedade egoísta. Ter um lar digno, com muito amor e expectativa de um futuro melhor deve ser o princípio norteador de todo e qualquer processo de adoção.

Ao se analisar a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, pode-se entender que a interpretação adequada dos termos da Constituição Federal de 1988, torna

possível essa adoção, desde que estejam cumpridos os requisitos legais do instituto e tanto unilateral quanto em conjunto, e este ato pode ser equiparado por adoção realizada por indivíduos heterossexuais. Mesmo porque, neste contexto, o único elemento que pode trazer discórdia é a orientação sexual do adotante que não é requisito essencial, e sim discriminatório.

Por isso, o impedimento a um casal de homossexual de adotar uma criança pode ser entendido como uma afronta aos princípios constitucionais de igualdade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

O magistrado precisa levar em conta o melhor interesse do adotado, pois a orientação sexual dos adotantes não é determinante para configurar desvios comportamentais ou que a inabilite ao pleno e responsável exercício da paternidade e ou da maternidade.

Não existe nenhuma lei ou dispositivo que defina a obrigatoriedade de se imitar a família natural, mesmo em se tratando de casais formados por pessoas do mesmo sexo. E, por fim, fundado no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da CF88, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”, uma vez que, se não há nenhum dispositivo do ECA nem do CC 2002 que restringe a adoção, somente a casais heterossexuais, legalmente, os casais homossexuais, possuem o direito de adotar.

A legislação é omissa, mas não veda a adoção por pares homoafetivos. Além disso, se adoção for realizada de acordo com os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a opção sexual do adotante não pode ser requisito impeditivo.

Entende-se que a adoção não pode estar condicionada à preferência sexual do adotante, sob pena de se desrespeitar os princípios constitucionais anteriormente estudados: dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

6 CONCLUSÃO

A família sofreu grandes alterações ao longo da história, com o surgimento de novos modelos familiares. Criou-se uma discussão acerca da família moderna e dos seus novos modelos, como a união estável e a sociedade de fato, por exemplo. Nos dias de hoje, é difícil dizer com exatidão qual o modelo de família adequado.

A família moderna busca a felicidade, pautando-se no amor, no afeto e no carinho relações familiares.

Assim, não reconhecer as novas famílias formadas, é negar a proteção jurídica do Estado, o que vai de encontro à Constituição Federal de 1988, que trouxe como princípios basilares a dignidade da pessoa humana e que veda qualquer tipo de discriminação. Nesse contexto, as famílias formadas por duas pessoas do mesmo sexo, que constituem uma relação de convivência afetiva contínua, duradoura e notória, têm o direito à proteção legal dada à família formada pelo casamento civil, pela união estável ou, ainda, por um dos genitores e seus descendentes.

Entretanto, apesar das várias mudanças ocorridas na sociedade, a legislação brasileira ainda permanece avessa no tocante à homossexualidade, não reconhecendo essas uniões como entidade familiar, deixando assim, lacunas na lei. Diante dessas lacunas, deve a jurisprudência inserir essa inovação como uma realidade social e respeitar o direito à dignidade da pessoa humana e dizer não à discriminação.

No tocante à adoção por homoafetivos, temos um tema gerador de grande polêmica, tanto no sistema jurídico quanto no ambiente social, já que o tema enseja uma revisão de valores.

É importante mencionar que nada impede juridicamente que homossexuais adotem uma criança, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da isonomia entre os seres humanos, pois toda pessoa possui o direito de formar uma família e contribuir para que uma criança seja criada num ambiente de amor, atenção, carinho e afeto. Sendo assim, o fato de serem criados por homossexuais não pode ser requisito principal para que seja indeferido o pedido de adoção por essas pessoas.

O que importa é saber se os adotantes são pessoas idôneas, capazes de oferecer à criança, todas as condições para que ela possa crescer e se desenvolver, em de forma completa e saudável.

A insistência em não aceitar a adoção por casais homoafetivos tem, por muitas vezes, por justificativa, o preconceito. Muitos dos que se opõem a esse ato, acreditam que os homossexuais são pessoas promíscuas, quando na verdade muitos deles têm uma vida estruturada, são bem educados, cultos, e com condições de proporcionar a uma criança, uma família embalada pelo amor.

Cabe a sociedade entender que valores como afeto, respeito e boas maneiras não são exclusivos de heterossexuais, e por essa razão o ambiente familiar adequada, independe da orientação sexual dos adotantes.

Assim, pelos estudos realizados, o deferimento da adoção por casais homoafetivos, desde que estes preencham todos os requisitos exigidos para adoção, é uma realidade jurídico-social pautada no melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sergio Resende de. **Direitos humanos das famílias**: dos fundamentos aos operacionais, São Paulo, 2003.

_____. **O direito ao afeto**. Instituto brasileiro de direito de família, Belo Horizonte, junho 2002, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=50> acessado em 02 de Nov de 2010.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro

_____. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF. Imprensa Oficial, 1988.

_____. **Lei 8069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. Senado, 1990.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**:o preconceito e a Justiça, 3ª edição, Porto Alegre 2005

_____. Maria Berenice, **Manual do direito de família**. 5. ed. Revista atualizada e ampliada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de Família. Vol. 5.18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de Família. Vol. 5. 20ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2005.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de Família. Vol.5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito de família brasileiro**. Vol. 5. 11. ed. Forense, 2000.

_____. Guilherme Calmon Nogueira, **A nova filiação: O Direito e as Novas Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas. filiação e afeto: A possibilidade Jurídica da Adoção por Homoafetivos**. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado, 2005.

GRANATO, Maria Ferreira Rodrigues. **Adoção e prática**. Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. Vol. 6. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Família e Casamento em Evolução. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre, n. 1, abril/jun.1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 ed. **Revista atualizada e ampliada**, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adoção e adoção internacional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar do Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. Vol. 5.2 ed. **Revista dos tribunais**. São Paulo, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Código civil comentado: Direito de Família, Relações de parentesco, Direito patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003. Art. 1591 a 1693.

_____. **Direito civil: Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código civil comentado: Direito de Família, Relações de parentesco, Direito patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003. Art. 1591 a 1693.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio, 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 3 nov. 2010

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Juarez, 2003.

MEDEIROS, Aloisio Simões da Cunha, **Breve considerações sobre a nova lei da adoção,** Revista IOB de direito de família, v 57, 2010

MELO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo jurídico do Princípio da igualdade.** 3 ed. 13. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

NAHAS, Luciana Faisca, **União homoafetiva.** Curitiba: Juruá, 2006.

KIM, Richard Pae, **Direito fundamental de construir família,** Revista IOB de Direito de família, São Paulo, v.57, 2010

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito de família:** Direito de Família. Vol. 5. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** 2004, Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em 06 /11/ 2010.

PIRES, Francisco Eduardo Orcioli. **União estável no sistema jurídico brasileiro.** São Paulo: Atlas, 1997.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais Orientação Sexual, O direito Brasileiro e a Homoafetividade. **Revista CEJ, do centro de estudo jurídico do conselho da justiça federal.** n. 6. Brasília/DF,2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil brasileiro:** Direito de Família. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil brasileiro: Direito de Família.** 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SZNICK, Valdir. **Adoção.** 2 ed. São Paulo: Leud, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito civil constitucional positivo.** 9 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito civil constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ulisses Simões da, **Adoção por casais homoafetivos e conservadorismo da nova lei da adoção,** Revista IOB de direito de família. V 57, 2010

WALD, Arnald. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família.** 08 ed. São Paulo, **Revista dos Tribunais,** 1993.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família.** 18. ed. São Paulo, **Revista dos tribunais,** 2002.

VIANA, Marcos Aurélio. **Curso de direito civil: direito de família.** 2 ed. Vol. 2. Belo Horizonte, 1998.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito civil brasileiro: Direito de Família.** 5 ed. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito civil brasileiro: Direito de Família.** 8 ed. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2008

ANEXO A- Jurisprudências Reconhecendo a União Homoafetiva Como União Estável

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente à união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Aplação Cível número 70006844153, Relatos: Catarina Rita Kriege Martins, Julgado em 18.12.2003

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível número 70012836755, Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 21.12.2005).

"EMENTA: Homossexuais. União Estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito.

Apelação provida.. (9 FL S) (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des José Ataídes Siqueira Trindade., Julgado em 01/03/00)

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS – AC 598 362 655, 8ª C. Cív. Rel. Des. José S. Trindade, j.01/3/2000).

"AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito." (Ap. Cível 1.0024.06.930324-6/001 – 7ª Câmara Cível - TJMG - Relª. Des. Heloísa Combat – j. em 22.05.2007).

ANEXO B Jurisprudências Favoráveis a Adoção por Casais Homoafetivos

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. **NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Criança ou adolescente – Guarda – Pedido formulado por homossexual – Deferimento – Medida de natureza provisória que pode ser revogada se constatado desvio na formação psicológica do menor. O fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta é medida de natureza provisória, podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento da formação psicológica do menor (Apelação Cível n.º 35466-0/7 – Câmara Especial TJSP – RJ 23/201)

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. 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. Votação: Unânime Resultado: Apelo improvido **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível