IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

SABRINA MARCÍLIA DE OLIVEIRA

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

SABRINA MARCÍLIA DE OLIVEIRA

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves" – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado, sob a orientação do Prof. Antônio Américo de Campos Júnior.

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

SABRINA MARCÍLIA DE OLIVEIRA

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves" – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Antônio Américo de Campos Júnior

Prof. Msc. Karin Cristine Magnan Miyahira

Prof. Msc. Karina Cordeiro Teixeira

A Deus, que sempre me direcionou ao caminho que deveria percorrer, me sustentando e ajudando a superar todos os obstáculos da vida. A Ele dedico toda honra e toda glória por mais uma etapa vencida.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe Aparecida Oliveira, minha fonte de força e inspiração. Obrigada pela força e incentivo para que eu pudesse vencer todos os obstáculos.

A minha maninha Michele Oliveira, por ter dividido comigo sua enorme sabedoria e por ter confiado em meu potencial.

Aos meus amigos e familiares pela confiança de sempre.

Ao meu orientador, Prof. Msc. Antônio Américo de Campos Júnior, por ter divido comigo sua vasta sabedoria e pelo voto de confiança para o desenvolvimento deste trabalho. Obrigada pelos momentos de atenção disponibilizados e a paciência que a cada dia me incentivou para a elaboração deste trabalho.

Ao meu nobre amigo Dr. Auro Aparecido Maia de Andrade por sua dedicação. Obrigada pela contribuição que você deu para aperfeiçoar este trabalho.

“O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela”.

Maria Berenice Dias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....08

1.ASPECTOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA.....10
1.1 Breves considerações históricas sobre família.....10
1.2 Definição de casamento.....12
1.2.1 Natureza jurídica do casamento.....14
1.2.2 Características do casamento.....14
1.2.3 Noções gerais dos efeitos do casamento.....15
1.2.3.1 Efeitos sociais do casamento.....15
1.2.3.2 Efeitos pessoais do casamento.....16
1.2.3.3 Efeitos patrimoniais do casamento.....17

1.3 Definição de união estável.....18
1.3.1 Pressupostos da união estável.....19
1.3.2 Principais efeitos jurídicos da união estável.....20

2. UNIÃO POR PESSOAS DE MESMO SEXO.....22
2.1 Historicidade da homossexualidade.....22
2.2 Da união por pessoas de mesmo sexo.....24
2.3 Da união homossexual segundo o Supremo Tribunal Federal.....29

3. ADOÇÃO POR PESSOAS DE MESMO SEXO NO BRASIL.....33
3.1 Breves considerações históricas da adoção.....33
3.2 Conceito.....34
3.3 Requisitos imprescindíveis para adoção.....35
3.4 Principais efeitos da adoção.....37
3.5 Adoção por pessoas de mesmo sexo no Brasil antes da decisão do Supremo Tribunal Federal.....38
3.6 Adoção por pessoas de mesmo sexo no Brasil após a decisão do Supremo Tribunal Federal.....43

CONSIDERAÇÕES FINAIS 46

REFERÊNCIAS.....48

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade demonstrar a possibilidade de adoção por casais homoafetivos no Brasil, a qual é objeto de muita discussão na nossa sociedade. A adoção é receber alguém na sua família na condição de filho, isto é, desde que respeitados todos os requisitos legais, onde este filho terá os mesmos direitos e obrigações dos filhos biológicos do adotante. A decisão do Supremo Tribunal Federal surtiu grandes efeitos, abrindo a possibilidade aos casais homoafetivos de adotar. A metodologia utilizada neste trabalho consiste na análise bibliográfica e jurisprudencial acerca da possibilidade de adoção por pessoas de mesmo sexo. Através deste trabalho obtivemos como resultado que com a equiparação da união homoafetiva a união estável, tornou-se mais fácil a adoção de crianças e adolescentes por estes. Com isso, podemos perceber que haverá uma redução de crianças e adolescentes em abrigos ou nas ruas, fazendo que tenham a possibilidade de ter uma família amorosa e zeladora.

Palavras-chave: Direito de Família. Adoção por casais homossexuais. Possibilidade.

INTRODUÇÃO

A observância acerca do instituto adoção por casais homoafetivos no Brasil é de grande complexidade nos dias atuais perante a sociedade em que vivemos, pois o assunto já há bastante tempo é motivo de discussão em nosso país, principalmente no âmbito jurídico pela omissão de normas regulamentadoras para conceder adoção conjunta a casais homoafetivos.

Podemos dizer que a adoção é receber alguém na sua família na condição de filho, isto é, desde que de acordo com todos os requisitos em que a lei estabeleça, onde o adotado terá os mesmos direitos e obrigações dos filhos biológicos dos adotantes, ligando assim os adotantes ao adotado de forma definitiva, não tendo como revogar esse ato.

É válido salientar que para se entrar no mérito da adoção por casais homossexuais, se faz necessário o estudo do reconhecimento da união entre estes. Desta forma é de bom aviltre destacar que a nossa sociedade, no que tange a união por pessoas de mesmo sexo muito se resistiu em aceitar a união entre estes.

Diante da omissão da nossa legislação regulamentar sobre a adoção por pessoas de mesmo sexo, tornou-se um desafio em encontrar doutrinas que abordasse acerca de tal possibilidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 decidiu em unanimidade para a equiparação da união homoafetiva à união estável (entidade familiar), isto é, concedendo todos os direitos e deveres inerentes a estes, tomando como principal fundamento o afeto, na qual até a algum certo tempo atrás a união entre pessoas de mesmo sexo era somente considerada como sociedade de fato.

É por base em tal reconhecimento do Supremo Tribunal Federal que abrirá margens a casais homossexuais adotarem crianças e adolescentes que se encontram em abrigos ou até mesmo nas ruas aguardando ansiosamente por alguém capaz de transmitir afeto, assim buscando o direito de ter uma família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente permite que as pessoas que vivam em união estável a adotarem em conjunto, desta forma com a decisão do Supremo equiparando a união homoafetiva a esta, poderão buscar a tutela jurisdicional para a adoção.

A metodologia adotada neste trabalho consiste na revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca da adoção e união por pessoas de mesmo sexo.

Com a intenção de buscar o alcance dos objetivos ora propostos, foi dividido em três capítulos o presente trabalho para que se tenha uma maior abrangência do tema a qual será discutido.

O Primeiro capítulo compreende aos aspectos jurídicos da família que traz breves considerações históricas sobre família e busca por conseguinte explanar sobre o instituto casamento e união estável com seus conceitos e efeitos jurídicos.

O Segundo capítulo abrangerá a historicidade da homossexualidade e a união por pessoas de mesmo sexo com suas fundamentações para a equiparação a união estável, na qual foi dado o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal por unanimidade, que concede direitos e deveres a tal união.

Por fim, o Terceiro capítulo compreenderá minuciosamente acerca do instituto adoção por casais homossexuais, que este deverá ser concedido por fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte no presente capítulo será buscado e comentado vários entendimentos tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, os quais fundamentaram a adoção por homossexuais.

Desta forma, veremos após este estudo a suma importância do instituto adoção por pessoas de mesmo sexo principalmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a união homoafetiva a união estável que subsequentemente abrirá margens para casais homoafetivos a poderem adotar em conjunto.

1. ASPECTOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA

1.1 Breves considerações históricas sobre a família

Precipuamente, antes de se adentrar no mundo da família, é de bom alvitre que se faça alguns comentários acerca de tal acepção.

É notoriamente perceptível que a sociedade passou por diversas transformações ao longo dos tempos.

Por outro prisma, deve-se observar que o direito também se transformou para alcançar e se adequar a tais alterações sociais.

Sob esta ótica, pode-se mensurar que a acepção do termo família na atualidade é bem diversificada da que havia em épocas passadas. Grande prova disso são as conversas de nossos antepassados quando dizem que a formação da família naquela época se restringia a junção do pai, como sendo a base da família e o que decidia por todos; a figura da mãe, sendo aquela que tinha a função de limpeza da casa e da reprodução e, por fim, os filhos.

Fiuza (2008, p.927) vai além desta idéia ao dizer que o corpo da família compreende ainda a figura [...] "dos filhos solteiros, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes"[1][...].

Ainda no entendimento do referido autor, no período greco-romano, as mulheres da família, que no caso em questão seriam as filhas e netas, que contraíssem matrimônio, eram transferidas para o poder do marido.

Conforme exposto, a análise da família é de grande complexidade, eis que vem sofrendo modificações no tempo em que é analisada e no contexto que é vista. Cada povo a vê e a concebe de forma diversificada, baseando-se na época vivida.

De acordo com os doutrinadores Farias e Rosenvald (2010, p.02), a família influencia o indivíduo em suas escolhas, tanto profissionais quanto afetivas, sugerindo orientações também, na vivência dos problemas e na obtenção dos sucessos. Cada família possui sua estrutura própria, ou seja, é direcionada de um

---

[1] De acordo com César Fiuza (2008, p.927), o termo clientela são os homens livres, os quais eram normalmente escravos libertos e estrangeiros submetidos ao poder dos senhores.

modelo diferenciado da outra, pois existe uma abundância de fatores que distingue uma instituição familiar da outra. Desta forma, cada indivíduo será influenciado pelo modo de vida que é “regido”, logo, também será influenciado pelo local onde vive e a época, ou seja, dependerá também do momento sócio-histórico.

Fiuza (2008, p.927), ainda preleciona que com o passar dos tempos esse “poder” atribuído ao pai, guardião da família, deixa de ser absoluto, todavia, a estrutura da família continuou a ser patriarcal.

Com o passar dos tempos houve dentro da sociedade grandes revoluções as quais estremeceram as estruturas familiares. Dentre elas a Revolução Industrial, que foi a marca crucial. Através desta, a mulher é inserida dentro do mercado de trabalho. A Revolução surgiu como ponto de partida da nova sociedade que começara a surgir.

Depois, muito se mudou. Nos anos de 1960, através de outra Revolução, a Sexual, a mulher reivindica sua igualdade perante os homens, já que estes não exerciam mais a total liderança na família.

Neste diapasão, podemos afirmar que tal Revolução foi de suma importância para nossa sociedade, eis que existem famílias as quais são governadas e financiadas apenas por mulheres. Cada vez mais ativo se torna o seu papel dentro da família, seja no sustento da casa ou mesmo no comando.

Aqui no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, independentemente de raça, cor e sexo.

Conforme explanado, até o presente momento, muito se modificou na sociedade. Além do modelo clássico da família composta por pais e filhos, observamos que vários outros tipos de família foram surgindo no seio da sociedade, dentre estas a união de indivíduos do mesmo sexo.

De acordo com Fiuza (2008, p.929), muitos ordenamentos jurídicos já têm reconhecido a união de pessoas de mesmo sexo como sendo uma forma de entidade familiar, proporcionando a ela proteção legal. Existe, ainda, a família monoparental, formada pelos filhos e por um dos pais. A família fraterna, compreendida na convivência comum de dois irmãos ou mais irmãos; a família matrimonial que é fundamentada no casamento; a família adotiva que advém de

uma adoção, ou seja, uma família substituta; a família não matrimonial, que advém das relações fora do casamento; dentre outras.

A doutrina criou ainda a figura da família uniparental sendo aquela composta de apenas uma pessoa. Esta entidade tem sido observada e invocada para a proteção do imóvel residencial do indivíduo que habita sozinho (FIUZA, 2008, p.930).

Ainda sob enfoque de Fiuza (2008, p. 929), o Brasil já conseguiu dar grandes avanços, tanto é que a própria Carta Magna de 1988 já aceitou a união estável, dando desta forma a iniciativa de uma nova visão de família, ou seja, com isto a Constituição Federal quis afirmar que não existe um "tipo" ou "modelo" de família somente.

1.2 Definição de casamento

Ante ao já exposto, torna-se imprescindível salientar a definição de casamento sobre a ótica de vários doutrinadores, para melhor esclarecer o tema proposto.

Monteiro (2004, p.22) preleciona o casamento: "[...] como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos [...]".

Desta forma, e em concordância com o doutrinador supra, Rodrigues (2006, p.19), complementa a definição de casamento dizendo: "[...] o casamento é o contrato de direito de família [...]".

Diniz (2010, p.37) aduz que "o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família".

De acordo com Fiuza (2008, p.931) o Código Civil de 2002 caracteriza o casamento como sendo a união estável entre homem e mulher, de modo formal, onde ambos têm por objetivo a satisfação e amparo mútuo.

Não se pode elencar, na atualidade, que a reprodução dos filhos é uma das maiores finalidades dos indivíduos constituírem o matrimônio, pois existem

casais que se unem e não possuem esse objetivo, ou, até mesmo, por motivos genéticos não podem se reproduzir.

Além de vários outros objetivos, o casamento ajuda o indivíduo, a partir do companheirismo e do amor, a desenvolver sua personalidade perante a sociedade.

O matrimônio, além de ter o acordo de ambas as partes, ou seja, ser bilateral, ele ainda tem que estar em conformidade com a lei.

O indivíduo quando almeja constituir o matrimônio ele deve ter em mente que uma das finalidades é a ajuda mútua entre os cônjuges, seja financeiramente, espiritualmente, etc. Deve haver uma prestação de auxílio em todos os aspectos.

As finalidades do casamento, por não estarem reguladas em lei, por se tratarem de foro intimo, hão de ser observadas pelas pessoas ao objetivarem em constituir o matrimônio.

Rodrigues (2006, p.22) aduz, de maneira clara, que são três as finalidades do casamento: “mútua assistência; proteção à prole e disciplinação das relações sexuais entre os cônjuges”.

É normal que, ao constituírem matrimônio, as pessoas almejem a satisfação do desejo sexual por tratar de uma união decorrente de afeto, respeito e amor entre dois seres. Por decorrência deste, poderá resultar a prole, devendo os pais protegerem os filhos. O casal, por conseqüência do matrimônio, deve prestar entre si uma mutua assistência e para os filhos também.

É de bom alvitre salientar, em concordância com Rodrigues (2006, p.23) que o casamento é uma tradição que vem se repetindo por vários séculos. O matrimônio por muito tempo era disciplinado pelo direito canônico (igreja), mas com o passar dos anos a Igreja e o Estado veio sofrendo conflito entre si no que tange ao matrimônio.

Com o advento da proclamação da República (1889), a Igreja e o Estado se separaram, advindo, assim, o casamento civil no Brasil.

Na atualidade, os indivíduos que desejam constituir o matrimônio, além de se casarem no civil, unem-se também na igreja, através da cerimônia religiosa. O casamento tanto no religioso, quanto no Civil, possuem formalidades a serem seguidas.

1.2.1 Natureza Jurídica do casamento

Existem discussões acerca da natureza jurídica do casamento. Desta forma, várias correntes fundamentam sua natureza.

A primeira corrente defende ter o casamento natureza institucionalista, ou seja, os doutrinadores adeptos a esta vertente comungam a idéia de que o casamento seria uma instituição social, onde ambos os cônjuges devem se respeitar reciprocamente e cumprir seus deveres conjugais.

Em contrapartida, outra corrente finca seus entendimentos na idéia de que o casamento teria a natureza contratual, pois tal instituto, assim como os demais contratos possuem disciplinas a serem seguidas, até mesmo por sua forma de realização ser solene. É contrato especial.

Diante de tal controvérsia, não faltou uma terceira corrente que é a mista, na qual o doutrinador Rodrigues (2006, p.22) preleciona de maneira bem clara:

> O casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado.

Por fim, a corrente que melhor se coaduna para se explicar a natureza jurídica do casamento é a mista, ou seja, o casamento possui as duas naturezas jurídicas, onde sua celebração é um contrato especial, entretanto possuindo vida comum, seria uma instituição social.

1.2.2 Características do casamento

Tendo em vista que o casamento trata-se de um instituto contratual polêmico, várias são suas características. Diniz (2010, p.44) enumera algumas características do casamento. São elas: 1) No que tange à união permanente, é que todas as pessoas que manifestam a vontade de se casar possuem a vontade de permanecerem juntos, isto é, desejam que o casamento tenha uma durabilidade; 2) O nubente possui liberdade para escolher a pessoa que almeja se casar; entretanto,

vale ressaltar que existem casos que a lei exige o consentimento dos pais para a formalização desta liberdade. Esta liberdade de escolha do nubente exige que haja uma diversidade de sexos; 3) O ato nupcial tem que estar de acordo com as formalidades em que a lei elenca, ou seja, tem que ser solene; 4) Quanto à união exclusiva, no Brasil é proibida a bigamia, tendo em vista que deve existir entre o casal fidelidade recíproca.

1.2.3 Noções gerais dos efeitos do casamento

O matrimônio traz consigo alguns efeitos, os quais decorrem da união entre os nubentes. É a partir de tais efeitos que serão contempladas conseqüências na órbita pessoal, patrimonial e na social. É sob está ótica que os doutrinadores Farias e Rosenvald (2010, p.205) elenca três efeitos, sendo eles os sociais, os pessoais e os patrimoniais.

1.2.3.1 Efeitos sociais do casamento

Conforme já tratamos anteriormente, por haver uma diversidade de entidades familiares a estas são garantidas vários direitos por nossa legislação vigente. Não há que se falar que somente o casamento é forma de se constitui família legítima, isto é, qualquer tipo de núcleo familiar possui a proteção estatal, sendo vedada qualquer discriminação ou distinção.

Farias e Rosenvald (2010, p.206) apregoa como o primeiro efeito social do matrimônio a constituição de uma entidade familiar, sendo expressamente protegida pela nossa Carta Magna. Os cônjuges são totalmente livres para planejar se irão conceber ou não prole.

A partir dessa primeira eficácia social, os doutrinadores Farias e Rosenvald (2010, p. 206) asseveram outras eficácias decorrentes do casamento:

> [...] i) A emancipação do cônjuge incapaz (CC, art 5º, Parágrafo Único, II); ii)o estabelecimento do vínculo de parentesco por afinidade entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro (CC,

> art.1.595); iii)a atribuição do estado de casado, modificando o *status personae* anterior de cada consorte; e iv) estabelecer a presunção de paternidade (*pater is quaem justas núpcias demonstrant*) dos filhos nascidos na constância do casamento (CC, art.1.597).

É importante suscitar que as eficácias demonstradas acima por si só são auto-explicativas. É bom destacar, no que tange a aplicação do efeito social do casamento, que há uma distinção na proteção da presunção de prole de pessoas casadas (filhos advindos do matrimônio) para com as que as pessoas que não são casadas (oriundas de união estável), na qual, se o pai por sua inteira vontade não reconhecer o filho, dependerá de uma decisão judicial para ser declarada a paternidade.

1.2.3.2 Efeitos pessoais do casamento

Barros (2006, p. 146) destaca os direitos e garantias dos cônjuges como efeitos pessoais do matrimônio. Logicamente, os deveres previstos no artigo 1566 do Código Civil não elencam um rol taxativo, existindo outros deveres não mencionados.

Antigamente, o marido era reconhecido por todos como o chefe da família. Hoje, na nossa atualidade, a esposa não é mais submissa ao homem. A família pode ser administrada tanto pelo homem quanto pela mulher, e nada impede que ela possa ser conduzida por somente um deles.

Quanto à contribuição no lar, tanto o homem, quanto a mulher, devem colaborar em conjunto para uma vida melhor em comum.

Farias e Rosenvald (2010, p.210) elencam alguns efeitos pessoais que são exercidos pelos cônjuges: 1) poder acrescentar o sobrenome do outro cônjuge (qualquer um dos nubentes poderá acrescentar o sobrenome do outro, é facultativo), 2) fixar domicilio (ambos cônjuges irão escolher o domicilio do casal em conjunto), 3) direitos e deveres de ambos os cônjuges (quanto os direitos e deveres são: “fidelidade recíproca; vida em comum no domicilio conjugal; mutua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos”.

Barros (2006, p.146) define, de maneira bem clara, quanto aos cinco deveres dos cônjuges. O primeiro deles é a fidelidade, que deve ser exercida por ambos os cônjuges, pois o matrimonio em nosso país é de caráter monogâmico.

A vida em comum no domicilio é tida como que ambos os cônjuges devem viver sobre a mesma casa. Todavia, isto não é algo de caráter absoluto, pois existem, em certos casos, situações em que um dos cônjuges tem que se ausentar, como, por exemplo, por motivo de trabalho.

Ambos os cônjuges devem prestar entre si uma mutua assistência, pois tem que haver um auxílio de um para com o outro, tanto espiritual, quanto material.

É direito e dever de ambos os cônjuges prestarem sustento, educação e guarda aos filhos.

E, por fim, ambos, os cônjuges devem ter mutua consideração e respeito para com o outro e com seus familiares.

1.2.3.3 Efeitos patrimoniais do casamento

No que tange aos efeitos patrimoniais do matrimônio, há de se levar em conta que, como conseqüência do casamento, surge a esfera patrimonial, ou seja, econômica, decorrente da presunção que quando duas pessoas decidem constituir família certamente saibam que, para adquirirem patrimônio, hão de colaborarem reciprocamente.

Neste diapasão Farias e Rosenvald (2010, p.221) preleciona:

> A comunhão de vida entre marido e mulher implica uma comunhão de interesses econômicos, motivo pelo qual a Lei Civil regula um particular *estatuto patrimonial do casamento*, caracterizado pelo *regime de bens.*

Uma entidade familiar não é somente composta por afeto, pois sempre irá existir a esfera econômica caminhando com o sentimento dentro de uma entidade familiar. Um bom exemplo a citar é que os pais devem fazer a manutenção do lar, além de dar amor aos filhos, darão também o sustento a estes.

Seguindo esta trilha de raciocínio, não devemos pensar que a esfera econômica vai se sobrepor à afetiva, mas sim uma dependerá da outra dentro de uma entidade familiar.

1.3 Definição de união estável

Antes de adentrarmos ao conceito de união estável, torna-se válido destacar que o Estado garante igualdade de proteção a união estável da mesma forma que para o casamento.

Nesse diapasão, é de bom alvitre suscitar que foi pensando na sociedade contemporânea, isto é, na nossa realidade da vida moderna, é que o legislador se baseou na criação das normas a qual o Estado deu a mesma proteção a família sem tratamento discriminatório e desigual, argumentando, assim, que, independentemente do modelo de entidade familiar, todas os tipos têm como base o afeto.

O constituinte, focando-se nas pessoas que convivem juntos como se fossem casados, propôs a possibilidade de conversão da união estável em casamento, prevendo tal hipótese no artigo 1.726 do Código Civil, onde os companheiros podem formular um requerimento ao juiz para tal ato.

Seguindo essa mesma trilha de raciocínio, pode-se definir a união estável, de acordo com o artigo 1.723 do Código Civil como “[...] a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, continua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Sob outro enfoque, Fiuza (2008, p.957) preleciona que a “[...] união estável é a convivência pública, continua e duradoura sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados em si pelo casamento, com a intenção de constituir família”.

É de bom aviltre salientar, conforme fundamenta Fiuza (2008, p.959), que, para a configuração de uma união estável, não se é exigido tempo mínimo, sendo necessário que a união seja estável, pública, duradoura e ter como objetivo a constituição de família, embora haja muita discussão acerca deste assunto.

1.3.1 Pressupostos da união estável

Diante da suma importância da união estável na atualidade torna-se imprescindível a análise de seus pressupostos de formação. Desta forma iremos nos ater aos mais sustentados pela doutrina e jurisprudência na atualidade.

Nesse sentido Diniz (2010, p.375-393) elenca os seguintes pressupostos:

Elementos essenciais:

- "Diversidade de sexo", onde para configurar a união estável deve-se ter presente homem e mulher. Havendo a união entre mesmos sexos há somente uma sociedade de fato. Ainda nesse contexto, referida autora aduz que tal convivência deverá ser duradoura e ter a continuidade de relação sexual. A união deverá ter "aparência de casamento".
- "Ausência de matrimonio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes". Tal afirmativa refere-se a ideia de que um dos companheiros não pode estar casado e muito menos possuir algum impedimento do Código Civil (artigo 1.723,§ 1º.)

Farias e Rosenvald (2010, p. 455) aduz que não implicará em obstáculo para configurar a união estável se a pessoa casada estiver separada judicialmente ou de fato. Ressalta ainda tais autores que causas suspensivas matrimoniais não impedem a configuração da união, nem mesmo sofrem restrições matrimoniais, diferentemente do casamento que se celebrado com inobservância dos impedimentos matrimoniais devem ser regidos pelo regime de separação de bens. Em consonância a este pensamento temos o artigo 1.723,§ 2º do Código Civil.

- "Notoriedade das afeições recíprocas": sob tal pressuposto devemos entender que se trata de um comportamento notório da relação dos companheiros. Devem ser vistos como se casados fossem. Não poderá de forma alguma ser secreta a união, pois poderá comprometer a idéia cerne da união estável que é a constituição de uma família.
- "Honrabilidade": homem e mulher devem respeito mútuo um pelo outro.

- “Coabitação”: consiste em os companheiros morarem sob o mesmo teto. Em contra partida, Diniz (2010, p. 389), elucida que para configurar a união estável não seria necessário os companheiros residirem sob o mesmo teto, bastaria apenas a notoriedade da vida em comum.

Elementos Secundários:

- “Dependência econômica da mulher ao homem”;
- “Casamento religioso, sem o efeito civil e sem assento no registro público”;
- “Gravidez e filhos da convivente com o homem com quem viver”.

1.3.2 Principais efeitos jurídicos da união estável

Conforme já bem explanado até o presente momento a união estável assim como o casamento erradiam efeitos, ou seja, surtem efeitos no mundo jurídico e social.

De acordo com Diniz (2010, p. 403), vários são os efeitos produzidos pela união estável, entretanto iremos nos ater aos de maior relevância para este estudo, a saber:

- “Regime legal de bens”, neste sentido, salvo se existir contrato escrito entre os companheiros na união estável, o regime aplicável será o da comunhão parcial de bens para toda a relação patrimonial. Desse modo todos os bens adquiridos na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros inclusive sua administração perante terceiros;
- “Possibilitar que o contribuinte de imposto de renda abata como encargo de família pessoa que viva sob sua dependência, desde que a tenha incluído entre seus beneficiários”;
- “Conceder ao companheiro, sendo a relação concubinária pura, o direito a alimentos e a participação na sucessão do outro”, e
- “Pleitear, se quiser, a conversão da união estável em casamento”.

Pode-se concluir, até o presente momento, que a união estável recebe total proteção do Estado, assim como o casamento, e em consequência disto, parte da população brasileira vem utilizando da união estável pelo fato de ser menos burocrática e mais acessível.

2. UNIÃO POR PESSOAS DE MESMO SEXO

2.1 Historicidade da homossexualidade

Conforme já explanado anteriormente, a sociedade que vivemos está passando por diversas transformações, principalmente no que concerne à família.

Segundo Dias (2009, p.29), a sociedade, nos últimos tempos, está encarando o relacionamento entre pessoas de mesmo sexo de uma outra maneira. Isto se dá, segundo a doutrinadora, pelo fato de estar exposto na mídia tal união, acarretando, desta forma, uma admissão maior do que algum tempo atrás.

Apesar de haver uma maior aceitação pela sociedade, nossa legislação não está caminhando juntamente com o avanço desta. A união entre pessoas de mesmo sexo é merecedora de um amparo legal, ou seja, o Estado tem que protegê-la, assim como resguarda a união por heterossexuais por meio do casamento ou da união estável.

Conforme preleciona Nahas (2010, p.111) “o termo homossexual é utilizado para referir-se ao comportamento sexual de atração por pessoas do mesmo sexo”.

De acordo com Dias (2009, p.34 – 36) a homossexualidade existe desde o inicio da nossa sociedade, isto é, ela sempre existiu. Sendo que no inicio da humanidade a homossexualidade não era tida como algo errado e discriminado como na atualidade.

A doutrinadora ainda destaca que, nas antigas civilizações, a homossexualidade era aceita pelos povos; grande exemplo é Zeus e Ganimede (Gregos). Em Esparta (Grécia), onde que o militarismo era muito valorizado, os militares quando partiam para guerrear, além de estarem lutando para defender seu Estado, lutavam com mais fervor ainda para defenderem seus amores.

Vecchiatii *apud* Dias (2009, p.36) se surpreende o por que hoje em dia é tão resistente, um indivíduo homossexual se tornar militar, sendo que ele poderia desempenhar suas funções de uma maneira tão bem quanto o heterossexual.

Nesta época (437/438 a.C), segundo Dias (2009, p.36 - 37) os homens buscavam rapazes mais jovens para si satisfazerem, sendo que a homossexualidade que era aceita era somente a masculina. Em Roma, o

homossexualismo era tido como algo normal perante os povos, mas quem atuava no pólo ativo não sofria nenhum preconceito, diferentemente de quem atuava no pólo passivo da relação, eis que havia uma espécie de subordinação.

Nesta linha de raciocínio, Dias (2009, p. 37-39) aduz que a maior parte do preconceito contra os homossexuais advém das religiões, ou seja, das igrejas. Essas por meio dos mandamentos e dogmas, “manipulavam” os indivíduos com suas pregações de que não se poderia praticar atitudes contrária a que a maioria seguia, pois estaria indo contra Deus.

De acordo com a autora, na Idade Média só eram válidas as uniões que eram feitas pela Igreja, que ao mesmo tempo, eram abençoadas por Deus, por estarem de acordo com os ditames destas. Com o distanciamento da Igreja com o Estado, ocorreram muitas mudanças na sociedade, pois ela passou a não se sentir mais como antes, isto é, como uma “pecadora”.

Conforme Dias (2009, p.43) preleciona, em 1969, os homossexuais vieram às ruas de Nova Iorque para protestarem contra a homofobia (preconceito contra homossexuais) durante uma semana. No Brasil, nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, ocorrem as maiores movimentações homossexuais.

Em muitos países suas legislações já admitem o reconhecimento da união e do casamento por pessoas de mesmo sexo. Mas, em contrapartida, existem países que nem mesmo aceitam a união entre homossexuais.

O primeiro país a aceitar a homossexualidade foi a Dinamarca, em 1989, admitindo o registro de união civil, tornando, assim, esta união receptora dos mesmos direitos que casais heterossexuais possuem, até mesmo a troca de nomes entre si (DIAS, 2009, p.62-63).

Em 1999, na França, foi elaborado um pacto (“Pacto Civil de Solidariedade”) para permitir duas pessoas heterossexuais ou homossexuais, a firmarem contrato que declara que possuem vida em comum. O primeiro país o qual autorizou o casamento por homossexuais foi a Holanda, em 2001, sendo permitido até adoção, e quanto aos casais que viviam em união civil poderiam transforma-la em casamento (DIAS, 2009, p.66-67).

2.2 Da união por pessoas de mesmo sexo

O não reconhecimento da união por homossexuais fere o fundamento mais importante da nossa Carta Magna, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que encontra-se consagrado no artigo 1º, III. Para Silva (2006, p.105) a dignidade da pessoa humana "é um valor supremo que atribui o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida".

Talavera *apud* Farias e Rosenvald (2010, p.65) assevera que "frustar o direito personalíssimo à constituição de uma entidade familiar formal entre pessoas de mesmo sexo é atentar contra a dignidade humana, consagrada na Constituição Federal".

De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p.65-68), antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, já existiam decisões jurisprudenciais que reconheciam inúmeros direitos de união por pessoas de mesmo sexo, tais como direito sucessório, partilha de bens, benefícios previdenciários e tributários. Os autores prelecionam ainda, a possibilidade de introduzir o parceiro como dependente em plano de saúde e, também, de se o parceiro sofrer acidente automotor receber o seguro DPVAT.

Quando o legislador, ao criar normas jurídicas regulamentadoras sobre a formação de família, bem como mencionou no artigo 226 da Constituição Federal como entidade familiar o casamento, a união estável e a família monoparental, não significa que ele quis excluir, da proteção do Estado as outras entidades familiares que são baseadas no afeto (DIAS, 2009, p.73). A nossa Constituição Federal veda qualquer caráter discriminatório contra raça, etnia, cor e, inclusive, orientação sexual das pessoas, pois todos são iguais perante a lei (Artigo 5º e 3º, IV da Constituição Federal).

Conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o artigo 126 do Código de Processo Civil, quando a lei não mencionar sobre determinado assunto, o juiz não pode deixar de julgar o caso concreto alegando que não há norma, pois ele deverá decidir o caso por meio de costumes, princípios gerais de direito e analogia. De acordo com o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o juiz quando for aplicar alguma lei, deverá atender as necessidades da sociedade, para o bem comum de todos.

Observa-se que existiam alguns entendimentos jurisprudenciais acerca da aplicação da analogia e princípios gerais do direito, conforme ilustrado pela decisão abaixo:

> Ação ordinária. União homoafetiva. Analogia. 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 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 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 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. (Apelação Cível nº 21.0024.06.930324-6, 7ª Câmara Cível. Tribunal do Estado de Minas Gerais, Relatora: Desa Heloísa Combat, julgamento 22/05/2007).

Segundo Farias e Rosenvald (2010, p.60) apesar de parte da doutrina defender que a união por pessoas de mesmo sexo ser tão somente sociedade de fato, da qual resulta somente efeitos patrimoniais, a união homoafetiva deveria ser apreciado de uma maneira especial, pois a dignidade da pessoa humana é uma garantia da nossa Carta Magna.

Sendo assim, apesar de existir inúmeras discussões acerca do reconhecimento de união homoafetiva, já existem várias decisões jurisprudenciais acerca disto, assim como:

> 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. (Apelação Cível nº 70012836755, 7ª. Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora: Desa. Maria Berenice Dias, julgado em 21/12/2005).

Como se vê a decisão do tribunal gaúcho trabalhou o assunto levando em conta o reconhecimento de dois princípios, sendo eles, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, é de salientar, conforme elucida Barroso (2011, p.204) que "os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico", isto é, na omissão da lei regulamentar sobre um determinado assunto, os princípios exercem o papel de influenciar na aplicação no caso concreto.

Os princípios de acordo com Barroso (2011, p.209) se encontram em mesmo patamar hierárquico, e no caso de haver algum conflito entre estes será necessário observar o caso concreto para aplicação do princípios que importância maior para se aplicar na situação discutida, se utilizando da ponderação.

O estado em que houve uma maior aceitação quanto o reconhecimento de união homossexual é no Rio Grande do Sul, com o principal fundamento utilizado é o afeto de um para com o outro.

O maior conflito do indivíduo homossexual não é de se assumir como tal, mas sim o receio de sofrer rejeição, tanto pela sociedade quanto pela sua família. Existem casos de pessoas homossexuais que, para não haver rejeição da família, e até mesmo com medo de perder o emprego, omitem sua orientação sexual (DIAS, 2009, p. 76).

Rosenvald e Farias (2010, p.62) aduz que a "Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha veio a reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares ao aludir à possibilidade de violência familiar contra a mulher, praticada, inclusive, por outra mulher". Mencionado diploma legislativo garante a toda mulher independentemente de orientação sexual, o amparo legal que visa coibir a violência doméstica e familiar.

De acordo com o parágrafo único do art. 5° da referida Lei, é válido destacar que as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual.

Sendo assim, o respectivo parágrafo faz referência quanto ao reconhecimento de que independentemente da opção/orientação sexual de cada indivíduo, possui o amparo legal por esta lei.

É de bom alvitre salientar que a nossa Constituição Federal possui como um dos principais objetivos, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (Artigo 3º, IV, da Constituição Federal).

Sendo assim, a nossa Carta Magna repudia qualquer tipo de discriminação, pois tem como um dos principais objetivos promover o bem de todos os indivíduos, independentemente também da orientação sexual.

É vedado, por exemplo, que em uma empresa, o empregador venha a contratar um indivíduo, mas fazer distinção de salários pelo fato de o empregado ser homossexual. Neste caso, estaria sendo violado pelo empregador o artigo 7º, XXX, da Constituição Federal, que assim prescreve:

> Art. 7°. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> .....
>
> XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (CF, 1988).

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família possui total proteção do Estado, denominando esta como alicerce da sociedade. O referente artigo dá proteção ao casamento, união estável e a família monoparental. O legislador ao elencar estes como que estão sob proteção do estado, a nenhum momento quis excluir as famílias que tem por base o afeto. Embora nossa legislação caminha lentamente, não conseguindo alcançar os avanços da sociedade, há de se fazer o uso da analogia, princípios gerais do direito e costumes no caso de haver alguma lacuna.

Para haver o reconhecimento da união por pessoas de mesmo sexo como entidade familiar, segundo o artigo 1521 do Código Civil, que enumera os

impedidos de se casar, não se encontra nesse rol os homoafetivos (DIAS, 2009, p.74).

De acordo com Dias (2009, p.74) os artigos 1514, 1517, 1565 do Código Civil, são os únicos indícios de não aceitação da união homoafetiva, nesse sentido:

> Estas são as únicas referências na lei civil ao sexo dos cônjuges, não havendo em nenhuma delas a previsão de que o casamento é exclusivamente entre um homem e uma mulher. Ou seja, não há vedação expressa ao matrimônio de parceiros do mesmo sexo.

Quanto à união estável está disciplinada em poucos artigos na nossa Constituição Federal e, também, somente em quatro artigos em nosso Código Civil (artigo 1723-1726).

Sendo assim, o nosso Código Civil não traz amparo (dispositivo) a união homoafetiva, mas também não impede a união por pessoas de mesmo sexo a serem reconhecidas como entidade familiar.

Pode-se citar que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil de acordo com o artigo 3º, IV da Constituição Federal que:

> Artigo 3º da Constituição Federal – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> .....
>
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse prisma pode-se destacar que a nossa Carta Magna dos vários objetivos da República Federativa do Brasil tem como objetivo a igualdade entre todos perante a lei e proíbe qualquer caráter discriminatório contra raça, etnia, cor e, inclusive a orientação sexual das pessoas.

Sendo assim, de acordo com o referido artigo é vedado qualquer preconceito entre as pessoas, pois a nossa Constituição repudia qualquer tipo de discriminação.

Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, segundo Dias (2009, p.76), existia uma grande resistência do Congresso Nacional em aprovar Projetos de

Lei no que tange a união homossexual. As igrejas se juntavam também para resistirem ao reconhecimento da união homossexual como entidade familiar.

> Toda prática sexual não reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão no plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura aqui decorrente a atos homossexuais é de todo lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensa ao Criador e à natureza, decorrentes da luxúria e concupiscência. (RIOS *apud* NAHAS, 2010, p.114).

Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, alguns doutrinadores e decisões jurisprudenciais reconheciam a união por homoafetivos uma mera sociedade de fato.

A título de ilustração, destacamos alguns julgados, dos quais brilhantemente discorrem sobre o tema:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DE MESMO SEXO. CONTRATO. NÃO EXIGÊNCIA. CONCORRÊNCIA DE ESFORÇOS E RECURSOS PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. SOCIEDADE DE FATO RECONHECIDA. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO DEFERIDA. COMPENSAÇÃO DE VALOR DEVIDO AO ESPÓLIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não existe impossibilidade jurídica do pedido quando a pretensão deduzida em juízo não está regulada em lei. Comprovada a formação de uma sociedade homoafetiva e demonstrada a união de esforços para a formação de um patrimônio, deve ser deferida a meação dos bens. Não há que se falar em comprovação contratual de sociedade de fato, homoafetiva, a teor do dispositivo no art.981 do CC, por esta não se tratar de uma sociedade empreendedora. Na meação a ser paga à apelada, o apelante faz jus à compensação de crédito que possui em relação ao preço do imóvel a ser partilhado. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Cível n° 1.0480.03.043518-8, 17ª Câmara Cível. Tribunal do Estado de Minas Gerais, Relatora: Desa. Márcia de Paoli Balbino, julgamento 23/08/2007).

No caso em tela, torna-se evidente o deferimento da meação a parte requerente, tendo em vista que adquiriram tais patrimônios na constância em que viveram juntos.

Neste sentido NOGUEIRA *apud* NAHAS (2010, p.118) preleciona que:

> O estudo da matéria, na verdade, passa por um retorno à origem da Súm. 380 do STF, que consagrou, nas hipóteses de concubinato (sexos opostos) as conseqüências jurídicas das sociedades de fato, hoje já consolidadas por texto legal. [...] Viu-se então que no campo do direito das obrigações não há qualquer restrição jurídica ao reconhecimento destas sociedades de fato, formadas entre pessoas de mesmo sexo [...] Conclui-se, assim, que os tribunais, em especial do STJ, devem iniciar uma construção jurisprudencial, assim como feito outrora com o concubinato (o que gerou a Sum. 380/STF), no sentido de aceitar as Sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo, não como meio de evitar o odioso **enriquecimento ilícito** (grifo deles).

Dessa forma segundo o autor, ainda existia grande esperança no que tange a união por pessoas de mesmo sexo ganharem o reconhecimento assim como a união estável que primeiramente foi reconhecida como sociedade de fato e hoje possui grande amparo legal (Súmula 380/STF).

2.3 Da união homossexual segundo o Supremo Tribunal Federal

É importante destacar que o não reconhecimento da união estável fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, conforme explanado anteriormente, que são amparados pela nossa Constituição Federal.

De acordo com o portal de notícias do Supremo Tribunal Federal (2011), foram julgadas a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, que foram impetradas pela vice-procuradora-geral da República (Deborah Duprat) e o governador do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral), respectivamente, que resultou no reconhecimento da equiparação da união homoafetiva à união estável.

O julgamento das ações começaram no dia quatro e a decisão foi proferida no dia seis de maio de 2011. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a necessidade de equiparação. O autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 sustentava que fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade o não reconhecimento da união homoafetiva como união estável. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, por sua vez, buscou reconhecer plenos direitos e deveres às uniões homoafetivas equiparadas à união estável, isto é, deu o *status* de entidade familiar,

abrindo até mesmo margens para permitir que estes possam adotar, já que de acordo com o artigo 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente as pessoas que vivem em união estável podem adotar.

De acordo com Recondo (2011), por site Estadão, pode-se afirmar que:

> Pela decisão do Supremo, os homossexuais passam a ter reconhecido o direito de receber pensão alimentícia, ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte, podem ser incluídos como dependentes nos planos de saúde, poderão adotar filhos e registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

O reconhecimento da união homoafetiva já há muito tempo é motivo de discussões, principalmente no que tange na religião, já, que a Igreja é resistente a tal reconhecimento (DIAS, 2009, p.37).

É válido destacar que embora a união por pessoas de mesmo sexo seja reconhecida nas legislações de muitos países, é importante ressaltar que no Brasil existiam vários projetos de leis que buscavam a regulamentação do registro civil.

Segundo o portal de notícias do site ESTADÃO (2011), o ministro Luiz Fux foi o primeiro a votar e o último foi Cezar Peluso. A votação se deu com dez ministros, na qual foi decidido por unanimidade tal reconhecimento, sendo que se fazia necessário somente seis votos a favor dos ministros.

Com amparo no portal de notícias do Supremo Tribunal Federal (2011), passamos a transcrever manifestações de alguns dos Ministros:

> Apesar de entender que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal não prevê no rol das famílias a união homoafetiva estável, o ministro Ricardo Lewandowski disse que tal união é uma realidade hoje. Por isso, ele decidiu adotar o que chamou de “integração analógica”, ou seja, que se aplique a essa nova relação a legislação mais próxima, até que ela seja definitivamente regulada por lei aprovada pelo Congresso Nacional.
>
> O ministro Luiz Fux e a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha concluíram seus votos e acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Decano diz que “é um marco histórico na caminhada da comunidade homossexual brasileira, um ponto de partida para novas conquistas”.

Após tal reconhecimento, a título de ilustração, se faz necessário destacar alguns julgados:

> Distrito Federal - União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente as uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do supremo tribunal federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito a busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-forca que deriva do principio da essencial dignidade da pessoa humana. Princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, a percepção do beneficio da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art.1.723 do código civil. O art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão. a função contramajoritaria do supremo tribunal federal no estado democrático de direito. A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 477.554, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2011).

Por fim, cabe ressaltar que a união entre homossexuais trata-se de grande acontecimento na sociedade moderna, as quais vêm, sem sombra de dúvida crescendo a cada dia, eis que nosso país é constituído de diversidades em todos os âmbitos. É através das várias transformações culturais que nosso ordenamento vem se enquadrando às mudanças para que possamos viver em uma sociedade mais igualitária.

3. ADOÇÃO POR PESSOAS DE MESMO SEXO NO BRASIL

3.1 Breves considerações históricas da adoção

É de bom aviltre salientarmos, inicialmente, que o instituto da adoção é de grande valia para o Direito de Família, pois este não se baseia somente em um desejo de alguém obter um filho, mas tem como fundamento o elo de afeto.

A decisão de se adotar deve ser levada muito a sério, pois, uma vez deferida, ela é irrevogável. O vínculo entre o adotado e seus pais biológicos se extingue, exceto nos casos de impedimentos matrimoniais. No caso de o adotante vier a falecer, o vínculo entre este e o adotado não se extingue, e o adotado tem os mesmos direitos dos filhos biológicos do adotante, conforme assevera o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com Barros (2004, p.334), as pessoas que não tinham a possibilidade de ter filhos para dar continuidade a sua família poderia se utilizar da adoção para que, assim, sua entidade familiar não se extinguisse.

Barros (2004, p. 335) preleciona que a adoção era vista por vários ângulos. Por um lado, era tido como uma maneira de transferir os bens e o nome do adotante para o adotado, podendo até mesmo introduzir os filhos havidos fora do casamento na família, que na época era proibido o reconhecimento de tal filiação. Por outro lado, utilizava-se da adoção para amparar indivíduos abandonados.

Interessante lembrar que, com a evolução da adoção, este instituto passou a possuir caráter de amor ao seu próximo, por amparar indivíduos que foram abandonados pelos seus pais, seja por não possuírem condições de subsistência ou até mesmo nos casos em que seus pais eram desconhecidos. (BARROS, 2004, p.336)

De acordo com o artigo 227,§ 6º, da Constituição Federal de 1988:

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

> §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Desta forma, de acordo com a nossa Carta Magna, é proibido qualquer caráter discriminatório contra aos filhos adotivos, pois do artigo 226 ao 230 lhe dá total proteção. O filho adotivo possui os mesmos direitos tão quanto ao filho biológico (FARIAS E ROSENVALD, 2010, p.912).

3.2 Conceito

Como vimos anteriormente, a adoção é um instituto bem antigo na sociedade. A adoção não é somente trazer para sua família alguém para se obter um vínculo de filiação, mas vai muito além disso: ela tem como principal fundamento o afeto, pois adotar é um gesto de amor ao próximo.

Diniz (2010, p.522) aduz que adoção é:

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

Pereira (2006, p.392) preleciona que o Código Civil de 1916 exigia que para se obter a adoção, o adotante não podia ter filhos, mas, posteriormente, a Lei nº 3.133, de 1957 descartou tal requisito. Esta Lei exigia que o adotante só podia adotar alguém depois de completado cinco anos de casado, e tinha que ter idade superior a 30 anos. Na atualidade, um dos requisitos para adoção é o adotante ser maior de 18 anos.

Antes do nosso Código Civil de 2002, existiam dois tipos de adoção: a simples ou restritiva, quando o indivíduo adotado não perdia o vínculo com a família biológica, exceto ao poder familiar, regida pelo Código Civil de 1916 e a Lei nº 3.133/57; a estatutária ou plena, em que o adotado perdia totalmente o vínculo com a família biológica, exceto nas causas de impedimento matrimonial, regida pela Lei nº 8.069/90, artigos 39 a 52. (DINIZ, 2010, p.524). De acordo com Farias e

Rosenvald (2010, p.927) existe a adoção à brasileira, que é feita por casais que registram filho de outrem, sendo esta prática proibida no Brasil.

Interessante ressaltar que o instituto da adoção encontra-se disciplinada na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil de 2002 e na Lei nº 12.010/2009, a qual alterou o Estatuto da Criança e Adolescente. A adoção, além de um gesto nobre aos órfãos e aos indivíduos abandonados, é algo que concede aos que não podem ter filhos usufruírem da felicidade de tê-los, para compartilhar todo amor e carinho.

Quanto à natureza jurídica da adoção, o Código Civil de 1916 a tratava como um contrato de Direito de Família, por necessitar da vontade de ambas as partes, tanto do adotante quanto do adotado, por meio de escritura pública. Perante o Código Civil de 2002, a natureza jurídica da adoção é institucional, pois para a adoção, no Estatuto da Criança e do Adolescente, se faz necessário a atuação do Estado, e a sentença judicial, em conformidade com o artigo 227, §5º da Constituição Federal (VENOSA, 2006, p.284).

3.3 Requisitos imprescindíveis para adoção

Em conformidade com a doutrinadora Diniz (2010, p.525-539) e legislação vigente, tais como o Código Civil de 2002 e Estatuto da Criança e Adolescente-Lei 8069/90, devemos salientar que para se adotar, existem alguns requisitos a serem preenchidos, sendo eles:

a)"Efetivação por maior de 18 anos": a pessoa que está adotando tem que ter completado 18 anos. Uma pessoa pode adotar alguém sozinho (denominada como adoção singular) ou um casal (conviventes ou cônjuges / adoção conjunta) podem adotar, desde que a família comprove estabilidade.

Os indivíduos que já iniciaram o estágio de convivência, mas decidem dissolver a sociedade conjugal podem continuar com o processo de adoção conjunta, desde que ambos façam um acordo quanto as visitas e a guarda do adotado.

Um indivíduo não pode ser adotado por duas pessoas, se isto ocorrer, a primeira adoção prevalecerá e a segunda será nula.

Enquanto não forem prestadas as contas de sua administração pelo tutor e curador, estes não poderão adotar o tutelado ou curatelado;

b)"Diferença mínima e idade entre o adotante e o adotado": é necessário que o adotante seja 16 anos mais velho do que a pessoa na qual está sendo adotado e, se for um casal (conviventes ou cônjuges) que está adotando, é suficiente que apenas um deles preencha tal requisito (Lei n 8.069/90, artigo 42, §3º);

c)"Consentimento do adotante, do adotado, de seus pais ou de seu representante legal (tutor ou curador), não cabendo nesta matéria suprimento judicial": dependerá do consentimento do representante legal se a pessoa que está sendo adotada for menor de 12 anos, ou se for maior incapaz.

Se o adotado possuir idade superior a 12 anos, este deverá anuir se quer ser adotado, ou não. Este perderá o vínculo com os pais biológicos após a anuência deles para a adoção e a efetivação (concluída) da adoção.

Na eventualidade dos pais do adotado forem destituídos do poder familiar, ou serem desconhecidos, será dispensado a anuência destes para a adoção. Existirá sempre uma lista de crianças e adolescentes a serem adotados e outra de pessoas que almejam adotar em cada Comarca, e, também, um cadastro nacional para que sejam trocadas informações.

Terão que freqüentar no máximo um ano de preparação psicossocial e jurídica as pessoas que estão inscritas para adoção, sob pena de serem cassadas suas inscrições para adoção;

d)"Intervenção judicial na sua criação": o processo judicial é outro requisito para que seja concedida a adoção, na qual se faz necessário que o Ministério Público intervenha também nos casos em que o adotado conte com mais de 18 anos, isto é, o processo judicial é imprescindível nas ações de adoção;

e)"Irrevogabilidade": quanto à irrevogabilidade, podemos dizer que, após a adoção, o adotado, mesmo com o falecimento do adotante, não restaura o vínculo com a família biológica.

A adoção faz com que o adotado passe a obter todos os direitos e deveres quanto filho do adotante, ou seja, terá os mesmos direitos e deveres que os filhos biológicos do adotante;

f)”Estágio de convivência com adotando”: se faz necessário que haja um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, e este será fixado pelo juiz, mas poderá ser dispensado, caso o adotante estiver com a guarda legal ou tutela do adotado. Nos casos de o adotante residir ou ser domiciliado fora do Brasil, este deverá, durante 30 dias (prazo mínimo), completar o estágio de convivência no Brasil. No caso, por exemplo, de duas pessoas que eram casados, ou companheiros, que iniciaram o procedimento de adoção quando ainda viviam em sociedade conjugal, estes, também, terão que passar pelo estágio de convivência;

g)”Acordo sobre guarda e regime de visitas”: significa que no caso de o casal ter iniciado o procedimento para adoção antes do divórcio ou da dissolução da união estável, terão que fazer um acordo sobre a guarda do adotado e como serão as visitas a este;

h)”Prestação de contas da administração e pagamento dos débitos”: no caso de o curador ou tutor que queira adotar o curatelado ou tutelado; deverá este prestar contas da administração e do pagamento dos débitos do adotado;

i)”Comprovação da estabilidade familiar”: o casal na qual pretende adotar, deverá comprovar a estabilidade da família.

3.4 Principais efeitos da adoção

É de grande valia destacar os principais efeitos que decorrem da adoção. Venosa (2006, p.308) preleciona que a adoção é de caráter irrevogável, ou seja, uma vez prolatada a sentença, o adotado perde o vínculo com a família biológica, exceto nos casos de impedimentos matrimoniais. Sendo assim, como dito anteriormente, mesmo se ocorrer o falecimento do adotante, o adotado não restaura o vínculo com a família biológica.

Por conseguinte, Venosa (2006, p.308-309) aduz que a nossa constituição reconhece todos os tipos de filiação de maneira igualitária, isto é, não há distinção de filhos. Sendo assim, o adotado possui ligação de parentesco com o(s) adotante(s) e com sua família. O adotado receberá em seu registro civil o nome dos adotantes como seus pais e o nome de seus ascendentes na sua certidão e, ainda, o sobrenome do adotante.

Por outro lado, se o adotante ou adotado requerer que o prenome seja modificado, estes poderão.

Diniz (2010, p. 542-543) salienta que, enquanto durar o poder familiar, os adotantes têm a obrigação de sustentar o adotado. O adotante também é responsável pela administração dos bens do adotado, se este não atingiu a maioridade.

O adotado, mesmo já tendo atingido a maior idade, possui o direito de receber alimentos do adotante, isto é, por ser dependente financeiramente do mesmo, ele poderá requerer a prestação de alimentos, desta forma será recíproca a prestação de alimentos, pois se o adotado possuir boas condições financeiras e o adotante não possuir condições de subsistência, o adotado deverá prestar auxílio a este, e até mesmo para seus parentes. Destarte, o filho adotivo possuirá direito sucessório, em concorrência com o cônjuge ou companheiro, e herdará, pois este é descendente do de *cujus* (DINIZ, 2010, p.543).

Por fim, vale ressaltar que é de grande importância a análise dos principais efeitos da adoção, já que, em conformidade como fora dito anteriormente, a partir da adoção, o adotado passa a obter vínculo de filiação com o adotante.

3.5 Adoção por pessoas de mesmo sexo no Brasil antes da decisão do Supremo Tribunal Federal

Após este breve perpasso acerca do instituto adoção, iremos nos ater à adoção por pessoas de mesmo sexo no Brasil antes da decisão do Supremo Tribunal Federal que equipara a união homoafetiva a união estável, a qual foi motivo de muita polêmica e discussão no âmbito jurídico.

Vê-se que vários doutrinadores e decisões jurisprudenciais, principalmente no Rio Grande do Sul, deram o ponto de partida para o reconhecimento da união homoafetiva e, subsequentemente, o direito de poder adotar.

A título de ilustração, transcrevo alguns julgados dos quais brilhantemente discorrem sobre o tema, anteriormente da decisão do Supremo Tribunal Federal descritas logo abaixo:

> 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 incoveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base cinentífica, 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 N° 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

Podemos citar ainda:

> EMBARGOS INFRIGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a ADOÇÃO homoparental, porquanto inexiste vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para ADOÇÃO conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes N° 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010)

Já existiam alguns estados brasileiros mesmo que minorias que já haviam decidido em reconhecimentos jurisprudenciais, tanto de união homoafetivas e adoções por casais homoafetivos, apesar de antes da decisão do Supremo Tribunal Federal os tribunais serem ainda bastante resistentes ao assunto.

Dias (2009, p.212-213) preleciona que se não existe alguma previsão na lei para pessoas de mesmo sexo pudessem adotar, não há também alguma previsão legal que vedasse este tipo de adoção, já que nem o Código Civil e nem o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem vedação quanto ao sexo do adotante.

> Nem o Estatuto da Criança e do Adolescente e nem o Código Civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou orientação sexual do adotante. A faculdade de adotar é outorgada tanto ao homem como à mulher e a ambos, em conjunto ou isoladamente e independentemente do estado civil. Assim, desimporta a opção de vida de quem quer adotar. (DIAS, 2009, p. 213-214).

Farias e Rosenvald (2010, p.924) aduz que a união por pessoas de mesmo sexo é fundamentada no afeto. Desta forma, é uma entidade familiar a qual produz os efeitos do direito de família, sendo, assim, um casal homossexual possui o direito de adotar, bem como um casal heterossexual.

Desta forma, independentemente da orientação sexual do adotante, de acordo com a nossa legislação, deverá ser observado o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Não se deve julgar o adotante, pelo fato de ser homossexual, se este será bom pai ou boa mãe, mas sim se deve levar em consideração se existe o afeto, a compreensão, o zelo que o adotante tem para com o adotado.

> O reconhecimento da possibilidade de adoção pelo par homoafetivo é a única solução que prestigia, com vigor, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da não discriminação e da liberdade (FARIAS E ROSENVALD, 2010, p. 925).

Mister se faz salientar que a nossa Carta Magna, em seu artigo 227, estabelece que é obrigação tanto do Estado, quanto da nossa sociedade e da família, dar toda proteção as nossas crianças e adolescentes, pois todos possuem o direito de ter um lar, uma família, amor, educação, ou seja, todos os direitos dignos que uma pessoa merece. Sendo assim, todas as crianças e adolescentes devem ser resguardados de todo e qualquer ato que infrinja estes direitos.

Desta forma, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

> negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Os casais homoafetivos que almejavam adotar, por temerem não conseguir, em razão de sua opção sexual ou por discriminação, somente um deles se habilitava para adoção, pois antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, eram raríssimos Tribunais de Justiça dos Estados que reconheciam que pessoas de mesmo sexo podiam adotar conjuntamente. Desta forma, o adotado passava a possuir apenas os direitos inerentes do adotante. E se o adotante viesse a óbito, o adotado ficaria órfão, pois ele só possui vínculo jurídico somente com este (DIAS, 2009, p. 217).

A adoção é um gesto não só de humanidade, mas vai muito além disto, é um gesto de amor.

Neste sentido AZAMBUJA *apud* DIAS (2009, p.218) preleciona que "a adoção, mais do que uma questão jurídica, constitui-se em uma postura diante da vida, em uma opção, uma escolha, um ato de amor[...]".

Na sociedade em que vivemos, muitos são os preconceitos contra homossexuais, sendo que muitas pessoas acham um absurdo existir casais homossexuais. Mas há de ser analisado por todos que a sociedade tem evoluído, e, em decorrência disso, o direito deverá caminhar juntamente com esta. Mesmo existindo uma certa resistência das pessoas, se comparado a um certo tempo atrás, podemos observar que houve uma evolução.

Um dos motivos para que a sociedade resista em aceitar a adoção por homossexuais seria o fato dos pais influenciarem na opção sexual dos filhos.

Neste sentido, Dias (2009, p.219) elucida que vem sendo estudado na Califórnia os filhos das famílias não convencionais (por exemplo, de casais homossexuais), chegando à conclusão que não há qualquer influência dos pais para os filhos se tornarem homossexuais.

> [...] não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham se tornar homossexuais [...] deste modo, não há evidência disponível com base empírica para que haja impedimento à adoção por casais homoafetivos, usando como justificativa os efeitos na orientação sexual dos filhos, pois a taxa de homossexualidade é a mesma das famílias heterossexuais. (DIAS, 2009, p.219).

Farias e Rosenvald (2010, p. 926) também coadunam deste entendimento ao dizerem que a orientação sexual dos pais não surte efeito nos filhos, ou seja, independentemente da orientação sexual do adotante, esta não influenciará na escolha da opção sexual do filho para se tornar homossexual como os pais. Assim:

> [...] a inexistência de qualquer prejuízo à formação da criança ou adolescente por conta de uma suposta influência na condição homossexual, como vem sendo consolidado pelos estudos e pesquisas da psicologia contemporânea. Até porque não se pode esquecer que a orientação sexual dos pais não vincula o filho. (FARIAS E ROSENVALD, 2010, p.926).

Dias (2009, p. 222) ainda aduz que:

> De um modo em geral, os casais heterossexuais candidatos à adoção buscam crianças que sejam à imagem e semelhança de quem não consegue ter filhos, como forma de encobrir a incapacidade procriativa do par.

Desta forma, é importante destacar que os pais não interferem na opção sexual dos filhos, pois os indivíduos da nossa sociedade devem se abster quando se utilizam de maneira preconceituosa a justificativa de que casais homossexuais não podem adotar pelo fundamento de que estes influenciariam os filhos a se tornarem homossexuais.

Tanto as normas jurídicas, quanto as pessoas que compõem a sociedade, devem evoluir com os fatos, dando assim total amparo a esta evolução a qual a nossa sociedade vem presenciando.

Deve-se sempre lembrar que se as pessoas que compõem a sociedade permanecerem com este preconceito contra adoção por homossexuais, as nossas crianças e adolescentes ficarão à mercê, abandonadas nos abrigos e nas ruas, sem afeto de uma família, por motivo de pensamento esdrúxulos de alguns.

3.6 Adoção por pessoas de mesmo sexo no Brasil após a decisão do Supremo Tribunal Federal

Como fora dito anteriormente, a nossa sociedade e o direito sofreram alguns avanços quanto à aceitabilidade de alguns fatos ocorridos nesta, pois, em 06/05/2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável por casais homossexuais.

Anteriormente a esta decisão, já existiam algumas decisões jurisprudenciais que deram o reconhecimento da união homoafetiva e adoção por pessoas de mesmo sexo em alguns estados de nosso país, na qual uma das primeiras foi no Rio Grande do Sul.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal dá pleno direito aos casais homossexuais a ingressarem em juízo para reconhecimento da união, e até mesmo a adoção, conforme infere o artigo 226 da Constituição Federal que reconhece a união estável como entidade familiar.

> Artigo 226 da Constituição Federal - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> .....
> §3º-Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> Artigo 1.723 do Código Civil - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, continua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Embora os respectivos artigos mencionarem que a união estável, que é tida como entidade familiar, é entre o homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal, no mês de maio de 2011, com sua decisão (julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132), estendeu esse conceito entre pessoas de mesmo sexo (casais gays) e reconhecendo-a como entidade familiar.

Dessa forma, casais homossexuais de todo o nosso país passam a ter diversos direitos assegurados, inclusive o de adoção conjunta. Segundo o Estatuto

da Criança e do Adolescente e o Código Civil, para se adotar, a nossa legislação exige que seja benéfico para o adotando.

De acordo com o artigo 42,§2º do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
> .....
>
> §2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Para concatenarmos todos entendimentos descritos acima torna-se de suma importância embasarmos nossas conclusões nas decisões dos tribunais descritas logo abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER - ADOÇÃO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - POSSIBILIDADE - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA - FINS SOCIAIS DA LEI - ADOÇÃO CONJUNTA - CASAL DO MESMO SEXO - DIREITO RECONHECIDO - NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA BASEADA NO AFETO - ESTUDOS QUE REVELAM INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS - ABANDONO - SITUAÇÃO DE RISCO - AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR - BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR - RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES - EXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM A MANUTENÇÃO DO INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE - RECURSO DESPROVIDO. 1. Não obstante a adoção não implicar, automaticamente, a destituição do poder familiar, se garantidos à genitora da criança, que não concorda com o deferimento do pleito inicial, os princípios do contraditório e da ampla defesa, nada impede a cumulação dos pedidos. Hão de se relativizar os aspectos processuais em detrimento do melhor interesse da criança. Mesmo constatada a ausência do procedimento prévio de destituição do poder familiar, se o processo atingiu sua finalidade e não causou prejuízos ao menor não há razão para extingui-lo. 2. Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante

> da ausência de óbice legal. 3. Evidenciada nos autos a situação de risco em que se encontrava o menor na companhia da mãe biológica, além de os demais familiares não demonstrarem interesse em sua criação, e constatada as boas condições em que a criança se encontra após ter sido acolhida em família substituta que pretende adotá-la, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a consequente adoção pleiteada por aquelas que mantêm verdadeiros laços afetivos com o infante, dando-lhe carinho e condições materiais para que tenha um crescimento saudável, independente do fato de serem as adotantes duas mulheres. (Apelação Cível nº 1193033-38.2008.8.13.0480, 1ª Câmara Cível. Tribunal do Estado de Minas Gerais, Relator: Des.(a) Armando Freire, julgamento 24/05/2011).

Sobre outra ótica, existem posicionamentos que divergem a este, na qual passamos a aduzir:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. CONVERSÃO PARA ADOÇÃO. ARTS. 42, § 2º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO ATENDIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO 1.Nos termos da norma inserta no § 2º, do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. 2.É inviável o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois esta só poderia ser constituída por pessoas de sexo diferente, a teor do disposto nos 226, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil. 3.Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida. (Agravo de Instrumento nº 2010.00.2.006328-2, 3ª Turma Cível. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Relator: Des. João Batista Teixeira, julgado 27/10/2010).

Vale destacar que sobre estas fundamentações jurídicas que se chocam entre si, se torna necessário fazer a ponderação. No caso de conflitos entre os princípios e normas deverá se buscar a razoabilidade, isto é, deverá se utilizar da ponderação.

Torna-se de suma importância destacar a técnica da ponderação para solucionar a colisão entre princípios e normas. A ponderação segundo Barroso (2011, p.335) “[...] consiste ela em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difícieis[...]”. Nesse sentido Dias (2009, p.113-114) aborda a ponderação mencionado que a mesma deverá ocorrer quando houver uma colisão entre valores, onde se deverá observar ambos os pontos e por fim encontrar o equilíbrio entre estas para o caso concreto.

Referida autora ainda se posiciona no sentido que no caso de houver confrontos entre princípios o aplicador do direito deverá analisá-los atribuindo a estes pesos para que assim seja encontrado a aplicabilidade de cada um destes no caso em questão.

Coadunando do mesmo entendimento Barroso (2011, p.335) preleciona que o Supremo Tribunal Federal em suas jurisprudências tem incorporado tal técnica em suas decisões. Assim, pode-se dizer que a aplicação da ponderação compreende em um processo de três fases, quais sejam:

a) na primeira etapa está compreendido a identificação da norma pertinente ao caso, ou seja, o intérprete observará as normas que são relevantes para a solução do caso em tela e indentificará os possíveis conflitos entre elas;

b) já na segunda etapa o interprete fará o exame dos fatos, o caso concreto e sua "interação" com a norma. É no momento em que os princípios e normas se introduzem no caso concreto que seu conteúdo se preenche;

c) e na terceira fase que será realizada a conclusão. Nesta fase as normas e os casos concretos serão examinados conjuntamente para se fazer a apuração dos pesos a serem atribuído ao caso em disputa. Pode-se dizer que toda esta análise tem como fonte de condução o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Cumpre ressaltar ainda, que a técnica da ponderação surgiu como necessidade. Barroso (2011, p.337) aduz que a ponderação abarca também avaliação de caráter subjetivo, ou seja, do interior do interprete.

Lado outro, referido autor relembra que a técnica da ponderação embora tenha sido muito utilizada na atualidade não está imune a críticas, não sendo remédio para todas as situações. Muito se deve analisar o caso concreto para saber se é cabível ou não a aplicação de ponderação.

Embora a ponderação atribua pesos a situações de relevância, ela não dá referência para se valorar a situação, devendo ser valorado caso a caso. Segundo Barroso (2011, p. 338) para se evitar erros na ponderação a doutrina desenvolveu certos elementos para segurança na interpretação, quais sejam:

a) buscar amparo em uma norma para se basear, ou seja, deve-se basear na legislação ou decisões majoritárias para se aplicar ao caso concreto;

b) se basear em outros casos já julgados;

c) deve-se preservar a essência do enunciado em discussão.

Por fim, pode-se dizer novamente conforme preleciona Barroso (2011, p. 339) que a técnica da ponderação busca no princípio da razoabilidade = proporcionalidade a concordância entre os direitos conflitantes, ou seja, o interprete deverá diante do caso concreto realizar “concessões recíprocas” dos valores disputados, de forma a preservar a essência de cada um deles. Entretanto, em determinadas situações em que não se terá como fazer compatibilizações, o intérprete terá que “escolher” no caso concreto qual princípio ou direito deverá prevalecer sobre o outro.

Mister se torna ressaltar que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, os casais homoafetivos terão a possibilidade de adotar. Como dito anteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi um dos primeiros a possibilitar tal fato.

Sendo assim, cumpre ressaltar que tal decisão do Supremo Tribunal Federal veio para dar efetiva força para os casais homossexuais possuírem o direito de reconhecimento de tal união e poderem adotar aquelas crianças e adolescentes que merecem e esperam tal afeto por uma família unida e feliz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao discorrer acerca da adoção por casais homoafetivos demonstrou-se que tal instituto até a decisão do Supremo Tribunal Federal não era totalmente aceita por falta de previsão legal. Entretanto, conforme fora demonstrado após a decisão, que ocorreu em maio do presente ano, houve a equiparação da união homoafetiva a união estável, sendo então reconhecido a união estável de pessoas de mesmo sexo, facilitando, dessa forma, a adoção por tais casais.

No desenvolver desse trabalho, procuramos destacar a igualdade entre todos, independentemente de sua opção sexual, pois se o indivíduo cumpriu o estabelecido em lei para se adotar não há que se falar em impedimento para a concessão desta por ter sua opção sexual diferente, aplicando-se nesse sentido os princípios, da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

É de bom aviltre salientar, que os princípios são de suma importância para a solução do caso concreto conforme fora visto em inúmeras decisões jurisprudenciais no decorrer do presente trabalho.

Conforme visto, os tribunais para fundamentar suas decisões, trabalharam o assunto levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, dessa forma os princípios exercem um papel de suma importância para o aplicador do direito julgar os casos concretos.

Os princípios encontram-se em mesmo patamar hierárquico, mas, no caso de colisão entre princípios deverá se buscar a razoabilidade, isto é, deverá se utilizar da ponderação.

Dessa forma, constatamos que o ponto fulcral deste trabalho foi cumprido e claramente demonstrado, haja vista que analisamos todos os prismas da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da adoção por casais homossexuais.

A adoção conforme estudado é receber alguém na sua família na condição de filho, isto é, desde que respeitados todos os requisitos legais, onde este filho terá os mesmos direitos e obrigações dos filhos biológicos do adotante.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de grande valia para os casais homossexuais, eis que agora com o reconhecimento da união estável entre estes, tornou-se mais facilitado a possibilidade do casal adotar uma criança ou adolescente.

Sendo assim, com a possibilidade de casais homoafetivos adotarem, haverá uma redução de crianças e adolescentes em abrigos ou nas ruas a mercê do perigo, ganhando assim com a possibilidade de serem adotados o direito de terem uma família com amor independente da orientação sexual dos adotantes.

Conforme abordado neste trabalho, não há nenhum tipo de influência aos filhos adotados por casais de mesmo sexo destes tornarem-se homossexuais, conforme estudos realizados na Califórnia. Desse modo, não há que se falar em impedimentos morais para a adoção, pois tanto os casais heterossexuais como os homossexuais possuem a mesma capacidade para educar um filho.

Por fim, constatamos a grande importância do reconhecimento da união e adoção por casais homossexuais, pelo fato de nosso país ser constituído de diversidades em todos os âmbitos, buscando assim uma sociedade igualitária e sem preconceitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Código Civil* (2002). Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo, Atlas, 2007.

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

BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n°21.0024.06.930324-6. 7ª Câmara Cível. Relatora: Desa Heloísa Combat, julgado em 22/05/2007.

BRASIL, Tribunal de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1193033-38.2008.8.13.0480. 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Armando Freire, julgado em 24/05/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n° 1.0480.03.043518-8. 17ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Márcia de Paoli Balbino, julgado em 23/08/2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 2010.00.2.006328-2. 3ª Turma Cível. Relator: Des. João Batista Teixeira, julgado 27/10/2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012836755. 7ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Maria Berenice Dias, julgado em 21/12/2005.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 70013801592. 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n° 70034811810. 4ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 13/08/2010.

BRASIL, Recurso extraordinário conhecido e provido. STF, RE 477.554, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/07/2011.

DIAS, Maria Berenice, União Homoafetiva. *O preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. V. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FIUZA, César. *Direito Civil*: Curso Completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. II: Direito de Família. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAHAS, Luciana Faísca. *União Homossexual*. Proteção Constitucional. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol.V: Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

RECONDO, Felipe. *STF aprova por unanimidade reconhecimento da união homoafetiva*. Disponível em: << http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,stf-aprova-por-unanimidade-reconhecimento-da-uniao-homoafetiva,715367,0.htm>>, acessado em 10 de maio de 2011.

RECONDO, Felipe. *STF reconhece união homossexual como entidade familiar*. Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/casais-gays-poder%C3%A3o-adotar-filhos-registr%C3%A1-los-225000609.html>>, acessado em 08 de maio de 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* Vol. VI: Direito da Família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Supremo Tribunal Federal. *Decano diz que julgamento é marco histórico na caminhada da comunidade homossexual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178942&caixaBusca=N>>, acessado em 18 de junho de 2011.

Supremo Tribunal Federal. Direto do Plenário*: Intervalo suspende julgamento sobre reconhecimento de união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178850&caixaBusca=N>>, acessado em 18 de junho de 2011.

Supremo Tribunal Federal. *Direto do Plenário: ministros Fux e Cármen Lúcia acompanham o relator.* Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178841&caixaBusca=N>>, acessado em 18 de junho de 2011.

Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N>>, acessado em 18 de junho de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol.V: Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.