



Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves

Guilherme Camargo de Freitas

**A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO
JURIDICO: A inércia do Legislativo**

São João del-Rei

2016

Guilherme Camargo de Freitas

**A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO
JURIDICO: A inércia do Legislativo**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a), sob a orientação do professor Welinton Augusto Ribeiro .

São João del-Rei

2016

Guilherme Camargo de Freitas

**A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO
JURIDICO: A inércia do Legislativo**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a), sob a orientação do professor Welinton Augusto Ribeiro .

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Welinton Augusto Ribeiro

Prof. Rafael Isaac Coelho

Prof. Raquel Maria Vieira Braga

São João del-Rei

2016

*“Eu não tenho sonhos, eu tenho metas.”
Harvey Specter - Suits*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Pai **Oxalá, Orixás, Guias Espirituais**, que me nortearam durante todo o curso, garantindo-me paciência, luz e discernimento neste caminho.

A minha mãe **Aliete**, ao meu pai **Márcio**, ao meu irmão **Rafael** e aos demais familiares, que me ofereceram aconchego, amor, e apoio incondicional, não somente nestes 5 anos de curso porem durante a minha vida toda.

Aos meus Professores, por compartilharem sua amizade e seus ensinamentos ao longo desta caminhada, especialmente ao meu orientador **Welinton**;

Aos meus queridos amigos **Marquinhos, Teddy, Larissa, Gustavo, Isa, Matheus, Sara, Marcus, Sara, Karla, Ingrid, Allan, Petra, Barbara, Jordana**, entre outros, que me acompanharam nos altos e baixos e jamais deixando-me ruir perante obstáculos.

Sem vocês, eu não estaria aqui.

RESUMO

O trabalho monográfico em questão tem como objeto de estudo a adoção homoafetiva e a omissão do legislador, tendo como objetivo externo a conclusão do curso de Bacharelado em Direito desta instituição. Quanto ao objetivo interno, analisar o instituto da adoção quanto a possibilidade da adoção homoafetiva, através de estudos ligados a grupos familiares fora dos paradigmas tradicionais da sociedade brasileira. É um assunto bastante polêmico, uma vez que desperta grandes controvérsias sociais e jurídicas dentro do Poder Legislativo. Apesar da aceitação aos pares homossexuais esteja em constante evolução, o legislador insiste em continuar omissos, uma vez que tal assunto não é discutido na Constituição, Código Civil de 2002 e Estatuto de Criança e do Adolescente, ferindo princípios constitucionais, marginalizando não só a população homossexual, assim como milhares de crianças e adolescentes que ficam a mênção do Judiciário e da burocracia. Tal omissão gerou espaço para uma análise dos principais motivos para o preconceito ser institucional na legislação brasileira.

Palavras-chave: Adoção Homoafetiva, Homoafetividade; Omissão; Legislativo; Adoção; Liberdade

ABSTRACT

The work is to focus on the object of study, the adoption by homosexual couples and the lawmaker pretermission, aiming external completion of the course of bachelor of Laws. Regarding the internal goal, analyze the adoption institute concerning the possibility of adopting by homosexuals couples, by a study of nonstandard families entities of Brazilian society. It is a theme that arouses great controversy in both the legal and social areas within the Legislative power. Although there is a perceived evolution in the acceptance of homosexual couples, the legislator insists absenting from his duty, since the subject does not appear on the Federal Constitution of 1988, Civil Code of 2002 or Statute of Children and Adolescents, damaging several constitutional principles, marginalizing not only the homosexual population, as children e teenagers as well, letting them at the mercy of Judiciary and the excessive bureaucracy. This pretermission opened up for analysis of discrimination and prejudice within the Brazilian law.

Keywords: Homosexual adoption, pretermission, legislative, adoption, liberty

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

EDS – Estatuto da Diversidade Sexual.

LGBTTT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil.

PSOL - Partido Socialismo e Liberdade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA “NOVA” FAMÍLIA	11
1.1 Conceito e sua evolução.....	11
1.2 O direito de família nas constituições brasileiras.....	13
1.3 União homoafetiva como grupo familiar.....	15
2 DA ADOÇÃO	19
2.1 Histórico da Adoção e sua evolução.....	19
2.2 A adoção no Brasil.....	20
2.3 A adoção homoafetiva no Brasil.....	22
3 DA OMISSÃO DO LEGISLATIVO E DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL	24
3.1 Da Omissão da Legislação atual.....	24
3.1.1 Decisões Jurisprudenciais a favor da Adoção Homoafetiva	25
3.2 Do Estatuto da Diversidade Sexual e as alterações no Direito de Família.....	29
3.3 Da importância da aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e as alterações no Direito de Família.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como escopo tratar da Adoção por Pares Homoafetivos atentando-se na inércia do Poder Legislativo ao criar normas que tutelem esse direito e discorrer sobre Estatuto da Diversidade Sexual.

Têm-se, pelo senso comum, conceitos considerados como “imutáveis”, mas que na realidade não são tão imutáveis assim. E com a definição de “Família” não difere tanto. É inegável a mudança: Em meados do século XX, não só no âmbito Brasileiro, mas em uma escala global, a família seguia o cunho “patriarcal”, na qual quem detinha o poder sócio-econômico era o pai. A família era apenas constituída através do casamento. Com o passar dos anos, a mulher reafirmou o seu papel perante a sociedade, conseguindo direitos iguais ao homem, inclusive, a independência financeira.

Decorrente dessa mudança social, a entidade familiar como um todo também sofreu alterações. Hoje, a Constituição Federal de 1988 já tutela meios diferentes de formação de família, como a União Estável, por exemplo. Há também famílias que somente um dos pais arca com as responsabilidades de criar um ou mais filhos, o que são denominados de família monoparental.

É nessa constante mudança social em que os casais homossexuais encontraram respaldo para lutar pelo direito de serem reconhecidos como família, não só perante a lei, mas perante a sociedade em geral.

A adoção por casais homossexuais, por não ser matéria tutelada pela Legislação vigente, ainda causa muitas restrições, o que leva casais homoafetivos a acionarem meios legais, acarretando uma excessiva burocratização em algo que não demanda a devida necessidade.

Quanto à estrutura dessa monografia, no primeiro capítulo será abordado o conceito de família, mostrando suas modificações através da história recente do Brasil.

O segundo capítulo terá como foco o instituto da adoção, no qual será realizado um levantamento histórico de tal instituto, e ainda mostrando desde quando foi recepcionado pelo ordenamento jurídico até os dias atuais.

Já o terceiro capítulo será dedicado as mudanças que o atual projeto de lei do Estatuto da Diversidade Sexual traz em seu texto, as mudanças no direito de adoção caso a sua aprovação, e também das importâncias para a aprovação da lei.

CAPITULO 1 – DA “NOVA” FAMILIA

1.1 Conceito e sua evolução

No decorrer da história da humanidade, a família sofreu por diversas transformações para chegar ao estado atual em que ela se encontra.

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe (MEDEIROS, p 34-35)

Neste modelo de família, era muito comum o casamento entre irmãos e primos, o que pode ser caracterizado com Família consanguínea. Esse modelo acabou tornando-se obsoleto, e, por consequência, acabou desaparecendo.

Em Roma, a família era mais que apenas um conjunto de pessoas. Diferentemente das tribos da antiguidade, a família romana era monogâmica, e tinha o sexo masculino como figura mais importante, dando origem ao sistema que perduraria até os dias atuais, o Patriarcado, quando o homem possuía mais “capacidade” moral e cívica do que o restante da família, principalmente no que tange aos Direitos das mulheres. A família era como uma entidade política, alicerçada sobre o autoritarismo do homem.

Segundo Friedrich Engles:

Essa forma de organização familiar monogâmica é encontrada, historicamente, com forte influência nas culturas gregas e romanas. Foi a primeira forma que não baseou sua organização conforme condições naturais, entretanto, econômicas, representando o predomínio da propriedade privada sobre a comum primitiva (ENGLES, 1982).

Com o advento do Cristianismo como religião dominante após a queda do Império Romano, o Direito Canônico realizou alterações ao conceito de família. Para José Russo, a esse novo modelo de família tinha como base o casamento sob a concepção sagrada, realizada com a livre e espontânea anuência dos nubentes. Devido ao machismo presente em Roma, o Cristianismo reafirmou a figura do homem como sendo a mais forte e importante, encarregando-o com a chefia absoluta da família.

Para o Juiz Federal, Dr. Roger Raupp Rios:

Assim regulada, a família era entendida como um complexo de indivíduos hierarquicamente ordenados, formando uma teoria institucional da família e do matrimônio. Dentre os traços característicos deste modelo institucional, devem ser salientados a percepção da família como uma entidade fechada, a ser considerada em si mesma, permanente no tempo independente da mutação de seus componentes individuais, voltada para a consecução de objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidades externas e superiores, relacionadas com a manutenção e o progresso da sociedade. Neste modelo hierárquico, onde os indivíduos são concebidos numa “regulação piramidal complexa” e assimétrica, sem a previsão da paridade de direitos entre os cônjuges, delineou-se uma estrutura familiar de tipo forte e autoritário, prevalecendo as relações de hierarquia sobre as de autonomia. Aqui não causa qualquer surpresa a negativa absoluta de consideração da união de pessoas de mesmo sexo no âmbito do direito de família. De fato, num contexto político e ideológico onde os gêneros estão rigidamente definidos e orientados para necessidades de produção e para o fortalecimento de certos padrões morais confirmatórios desta cosmovisão, não há espaço para a aceitação de qualquer espécie de relacionamento destoante do padrão da família institucional. (RIOS, 2013, p. 3)

Entretanto, esse modelo familiar advindo do Direito Canônico perdurou durante séculos nas sociedades da Idade Média. Com a progressão do curso da história, surgiu uma nova família, aquela que não era apenas formada pelo instituto do casamento, entretanto, que teria como principal requisito o afeto.

A evolução da estrutura familiar se deu durante a popularização do ideal iluminista culminando com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, no século XVIII.

No Brasil, a partir da metade do século XIX, a família patriarcal começou a enfraquecer. O êxodo rural e a urbanização se deram de forma acelerada. Houve movimentos de emancipação feminina, surgimento da indústria e revoluções econômico-sociais, além das imensas transformações comportamentais que puseram fim à instituição familiar nos antigos moldes patriarcais como a única formação familiar possível. (CASTANHO, 2012. p. 113)

Tal modelo não conseguiu persistir durante a revolução industrial, o que causou um grande aumento na demanda de mão de obra, principalmente no que tange ao desempenho voltado para atividades terciárias. Foi desde modo que se deu a introdução e o empoderamento da mulher, lançando-a no mercado de trabalho, fazendo que o homem deixe de ser a única forma de sustento da família. A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a seus

descendentes. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. As famílias, por consequência, migraram do campo para as áreas urbanas e passaram a conviver em espaços íntimos, o que levou à harmonização de seus componentes e o prestígio do vínculo afetivo.

O reconhecimento do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo-se conservar durante toda a relação.

1.2 O Direito de Família nas Constituições Brasileiras

A entidade familiar dentro do Ordenamento Jurídico do Brasil já sofreu intensas transformações.

Em 1822, o Brasil deixara de ser colônia e se transformava em Império. Com isso, houve o primeiro processo de criação de uma Lei Maior, a Constituição de 1824. Entretanto, não foi dada nenhuma importância para o instituto da família, a não ser a preocupação com a Família Imperial do Brasil, já que tal constituição dispunha sobre a sucessão ao imperador, alimentos para seus descendentes e a regulamentação do dote.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo:

Desta feita, considerando a ausência de dispositivo legal no Brasil que cuidasse do direito das famílias, a vigência das Ordenações Filipinas em território brasileiro, e, considerando ainda, que a constituição do império estabeleceu como oficial a religião católica, tem-se que o casamento somente era oficialmente considerado quando celebrado pela autoridade Católica. (AZEVEDO, 2002, p.123-124).

Em 1891, foi publicada a lei 1144, que ampliava a possibilidade da realização de casamentos, desde que celebradas entre cristãos. Essa lei também foi a primeira vez no ordenamento jurídico Brasileiro em que eram conferidos efeitos civis para casamentos religiosos.

O casamento civil, por sua vez, só foi legitimado pelo Decreto 181 de 1890, mas ainda era lei infraconstitucional.

Com a proclamação da República em 1889, começa o segundo processo de constitucionalização. A Constituição de 1891, a primeira a ser promulgada pela República, trazia apenas um dispositivo que tratava da família, sendo ele que tirava o Poder da Igreja sobre o ato jurídico do casamento, “abolindo” os efeitos legais do

casamento religioso, apenas legitimando o casamento civil como meio de constituir família.

Em ambas as constituições, o legislador não preocupou em tutelar o direito de família como uma de suas prioridades. A entidade familiar teve sua primeira legislação específica com a criação do Código Civil de 1916, considerada um dos pilares para a criação destas leis.

Segundo Maria Berenice Dias:

A família consagrada pela lei tinha um modelo conservador, era uma entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel hierarquizada e heterossexual. Pelas regras do Código Civil de 1916, os relacionamentos que fugissem ao molde legal, além de não adquirirem visibilidade, estavam sujeitos a severas sanções. (DIAS)

Duas décadas depois, em 1934, era criada a Constituição de 1934, a qual, pela primeira vez, a família recebeu o devido destaque no texto constitucional, recebendo um capítulo específico a ela. Era disposto que a família estava protegida pelo Estado, e o casamento ganhou *status* de indissolúvel, salvo em casos que a lei regulamentava a anulação e o desquite, com efeito suspensivo. O casamento religioso voltou à Constituição, gerando efeitos civis, somente quando os nubentes eram devidamente registrados, e não contrariassem a moral, boa-fé e os bons costumes.

Em 1937, depois do golpe de Estado executado pelo então presidente da época, Getúlio Vargas, uma “nova” Constituição fora aprovada.

Segundo Maria Amélia Belomo Castanho:

O Texto constitucional continuou dispensando à família proteção especial do Estado e também se ateu à situação daquelas com prole numerosa. Nota-se preocupação com a educação dos filhos, cuja obrigação deixou a cargo dos pais com a colaboração Estatal. Ainda, verificou-se o reconhecimento de igualdade entre os filhos naturais e os legítimos (uma grande conquista para a sociedade daquela época). Além disso, a preocupação do Estado com a infância e juventude, o que pode ter contribuído para a posterior diminuição do número de filhos entre os casais, visto que com a escolarização da criança, esta assumiu situação de passividade diante da economia familiar. (CASTANHO, 2012, p. 192)

Esse modelo de família perpetuado por Vargas permaneceu levemente inalterado até 1977 quando a Emenda Constitucional n. 9, também considerada como Constituição de 1977, instaurou pela primeira vez os institutos do Divórcio e a Separação Judicial.

Em 1988, era promulgada a Constituição Cidadã, na qual a família possuía extrema importância. Pela primeira vez, houve uma preocupação em constitucionalizar o Direito de Família, garantindo direitos e deveres à nova família.

Pela primeira vez, o foco do legislador mudou. Antes da CF/88, o legislador procurava proteger o casamento acima de tudo e apenas garantir direitos a filhos legítimos. Com a promulgação da Constituição de 88, o legislador procurava a máxima proteção da família, com base em princípios como o da Dignidade Humana e da Igualdade. Filhos não legítimos foram também pela primeira vez, para efeitos legais, equiparados a filhos legítimos. O divórcio também elencava o texto constitucional.

E, como salienta o jurista Paulo Luiz Netto Lôbo:

O princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição centenária do direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as Ordenações do Reino, todas as Constituições brasileiras (imperial e republicanas) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade uniparental (pai ou mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias – relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos – eram destituídos de direitos familiares idênticos. (LÔBO, 1999. p. 315)

Segundo Jane Justina Maschio, a liberdade sexual, sem dúvida, em muito contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento para uma vida sexual plena. (MASCHIO, 2011, p.1)

Em 1990, foi convencionada internacionalmente uma série de medidas protetivas da Criança e do Adolescente, promulgado pelo Brasil no mesmo ano. O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe uma gama de direitos e princípios que foram incorporados posteriormente ao Direito de Família, como por exemplo, o princípio da proteção do menor.

1.3 União Homoafetiva como Grupo Familiar

Em 2002, quando da reforma do Código Civil de 1916, o legislador perdeu a oportunidade de atualizar diversos dispositivos legais sobre o Direito de Família, adequando a legislação ordinária às propostas democratizantes da Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange “a promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação” (LOREA)

Segundo Maria Berenice Dias:

A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças – CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo 'homossexualismo' foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo 'ismo' significa doença, enquanto o sufixo 'dade' quer dizer modo de ser (DIAS, 2006, p. 174).

Apesar de a Constituição Cidadã proteger diversos tipos de família, em momento nenhum o legislador se dispôs a criar normas que regulamentassem casamentos do mesmo sexo. Até então, a união entre casais homoafetivos ainda era tida como nula e inexistente.

O casamento homoafetivo ainda sofre muito preconceito, decorrente dos históricos de perseguições e proibições. Desde a promulgação da CF/88 até a atualidade, o tema ainda sofre uma grande divergência entre doutrinadores e jurisprudências. As famílias homoafetivas não tinham status de entidade familiar. Segundo o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama salienta:

A Constituição Federal de 1988 expressamente introduziu, ao reconhecer a 'união estável' como entidade familiar, o requisito objetivo de que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, a possibilidade de se reconhecerem as uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo com lapso de tempo razoável, com o objetivo de constituição de família. (GAMA, 2008)

Entretanto, também há doutrinadores que lutam para que não haja discriminação legal a esses pares homoafetivos. É o que expõe a jurista Maria Berenice Dias:

A Constituição, rastreando os fatos da vida, deixou de emprestar especial proteção somente ao casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar, reconhecendo a existência de relações afetivas fora do casamento (CF 226) . Emprestou especial proteção à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco , no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade , estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem

em um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras da tutela legal. (DIAS, 2010, p. 41)

Enquanto houve uma omissão do Legislador em criar normas que tutelem o direito dos homoafetivos a constituir família, foi no Judiciário em que os mesmos ganharam devida atenção e o devido respeito.

Na década de 90, as uniões entre pessoas homossexuais eram vistas como “Prestação de Serviços” sendo equiparadas com o vínculo empregatício na esfera do Direito do Trabalho. Por consequência disso, anos depois, a União homoafetiva era considerada mais para uma sociedade de fato, do que uma entidade familiar propriamente dita. Deste modo, segundo o entendimento desta corrente, uniões de pessoas do mesmo sexo somente poderiam gerar direito no campo patrimonial, o Direito das Obrigações, já que o Direito de Família não possuía dispositivos legais para tutelarem tais direitos. Vale lembrar que o legislador não desconhece a existência de afeto nesses relacionamentos.

O avanço chegou em 1999, pela justiça do Rio Grande do Sul, quando a justiça fixou competência dos juzizados e varas da família para reconhecer uniões homoafetivas. Tal ato fez com que várias ações e recursos que tramitavam nas Varas Cíveis de tal região fosse reconduzidas para as varas responsáveis da família.

Já em 2001, também revolucionado pela justiça gaúcha, foi reconhecida pela primeira vez a união afetiva como entidade familiar, quando a justiça deferiu a herança em questão ao parceiro sobrevivente.

Como constata o Juiz de Direito do Rio Grande do Sul, Roberto Arriada Lorea:

Agora, esta noção local de família – juridicamente atualizada – se projeta para todo o território nacional. Através da Lei nº 11.340, de 2006, tem-se uma nova regulamentação legislativa da família, juridicamente compreendida como a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; independentemente de orientação sexual” (art. 5º, inciso II, e parágrafo único). (LOREA, 2006, p4)

Após o reconhecimento de pares homoafetivos como entidades familiares pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diversos órgãos do Judiciário também passaram a adotar tal postura em outras áreas do direito, acerca de casos em que haviam relacionamentos homoafetivos, como, por exemplo, o Supremo Tribunal Eleitoral passaria a reconhecer casos de inelegibilidade a parceira de mesmo sexo.

Como salienta Jane Justina Maschio:

O objetivo dessa união não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto, o prazer sexual. Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente é impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos, agora, como o novo paradigma para a formação da família – o amor, em vez da prole – os “casais” não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexo diferentes”. (MASCHIO, 2011, p.1)

Já em 2011, o Supremo Tribunal Federal recebeu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, e começou a equiparar a união homoafetiva com casos de união estável. A partir dessa importante decisão, a jurisprudência começou a admitir a conversão de união estável homoafetiva em casamento até que o STJ reconheceu a habilitação direta para casamentos.

CAPÍTULO 2 - DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto do direito de família, que tem como objetivo formar uma família como se ela tivesse se originado de modo natural. Instituto este que desde a antiguidade já sofreu inúmeras modificações para se tornar semelhante ao instituto hoje adotado no ordenamento jurídico Brasileiro.

Antigamente a adoção estava intrinsecamente relacionada aos desejos de cunho religioso, já que os filhos eram gerados para garantir a continuação do legado familiar, atendendo apenas aos interesses do adotante.

Com a progressão histórica, em meio a avanços, a adoção adquiriu a imagem benéfica, em que tanto adotados quanto adotantes ganhariam benefícios com a sua realização.

2.1 Histórico da Adoção

A adoção atualmente é vista como um dispositivo jurídico, mas teve seu nascimento em berço religioso. A reprodução, na antiguidade, além de sua importância para continuidade da espécie humana, tinha também princípios ligados à redenção dos mais velhos, pois naquela época acreditava-se que os filhos eram responsáveis pelos cultos fúnebres. A adoção também é mencionada em trechos da Bíblia, o livro sagrado do Catolicismo.

A lei mais antiga que se tem notícia que possui menção ao instituto da adoção é o Código de Hamurabi, conjunto de leis escritas originárias da Mesopotâmia, e que foi criado aproximadamente á 1700 a.C.. Seu texto trata diversas questões que são pertinentes até hoje no atual ordenamento jurídico, como por exemplo, falso testemunho e estupro. O monólito também dispõe expressamente sobre a Adoção:

Art. 185: Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

Vale ressaltar que, diferentemente do Direito de Família atual, o Código de Hamurabi dispunha casos em que a Adoção poderia ser invalidada, tanto por iniciativa do adotante, como por iniciativa do adotado, prática atualmente vedada pelo ordenamento jurídico Brasileiro. Caso o pai adotivo não provesse criação adequada ao filho adotado, ele (adotado) poderia voltar à casa do pai biológico. Entretanto, se tal educação fosse dada, utilizando empenho e gastos financeiros

supridos pelo adotante, a adoção não poderia ser desfeita. A adoção, segundo o Código de Hamurabi, era considerada como um contrato bilateral, sendo que ambas as partes possuíam direitos e obrigações.

Já nos povos indianos, tem-se notícia do Código de Manu. Tal código também trazia em seu texto menções do instituto da adoção. Entretanto, para que tal ato fosse celebrado, o adotante deveria conhecer todos os atos religiosos do adotado, e ainda pertencer à mesma casta, sistema esse que persiste até os dias atuais.

Entretanto, foi no Direito Romano em que a adoção ganhou forças, devido ao caráter social, religioso e político do núcleo familiar, como explicado no primeiro capítulo. Naquela época, existiam dois tipos de adoção: a *adoptio* e a *ad-rogation*. A primeira se equivale bastante ao que o instituto da adoção se caracteriza atualmente, enquanto a segunda é mais complexa. Observa-se nesse período também que foi estipulado que deveria haver uma diferença grande de idade entre o adotante e o adotado, prática que permanece até hoje.

Na adoção *ad-rogatio*, era necessário haver a anuência do pai biológico e do adotante, não importando os interesses do adotado. O pai biológico deveria abrir mão do *pater familis* e o adotante deveria aceita-lo para si. Já a *adoptio* era quando o pai biológico perdia o *pater familis* sobre o filho.

Com a chegada da Idade Média, e a ascensão da Igreja ao poder, a Adoção foi caindo em desuso, chegando a quase ser extinta no território europeu. A Igreja Católica valorizava somente os filhos legítimos, oriundos de uma relação matrimonial católica, abominando quaisquer hipóteses de adoção, ou de apreciação de filhos fora do casamento.

Séculos depois, a adoção voltaria a ser difundida em diversos ordenamentos jurídicos, e com foco nas necessidades e benefícios do adotado, não mais no adotante.

2.2 A Adoção no Brasil

Já no Brasil, a adoção apareceu pela primeira vez com a promulgação do Código Civil de 1916, já na era republicana do país. Dispostos em dez artigos, a

legislação impunha algumas regras, como a idade mínima para adotar de 50 anos, diferença de idade de pelo menos 18 anos entre adotante e adotado e a habilitação para adotar de somente pessoas que não possuía filhos legítimos. Isso infelizmente limitava as adoções somente para casais estéreis ou casais sem filhos, impossibilitando que qualquer casal tivesse a possibilidade de adotar, mesmo tendo filhos legítimos.

Quarenta anos depois, foi promulgada a lei 3133/57 que modifica positivamente diversos dispositivos referentes à adoção dispostos no então Código Civil vigente. A idade mínima para adotar foi reduzida em 20 anos, sendo então de 30 anos para o adotante. A diferença de idade entre o adotado e o adotante também conseguiu uma diminuição de dois anos, passando tal diferença a ser de 16 anos. Essa lei também inovou, permitindo que casais que já possuíam filhos pudessem ser aptos a adoção, desde que comprovassem a harmonia conjugal do casal.

Em 1965, um ano após o início da ditadura militar, foi promulgada a Lei 4.655/65, que introduziu a legitimação adotiva.

Art. 1º: É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado pròpriamente dito até 7 (sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órgão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação.

§ 1º Será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as condições exigidas.

Em 1979, com a lei 6697/79 foi sancionado o Código de Menores. Tal Código trazia consigo inúmeras mudanças para o direito de adoção, sendo a principal dela, a revogação expressa da legitimação adotiva e o surgimento da adoção plena.

A adoção civil ainda era regida pelo Código Civil de 1916 enquanto o Código de Menores começou a ser aplicado em ações com menores incapazes.

Tem-se o Código de Menores como o primeiro avanço significativo na legislação brasileira no que se refere à proteção á infante e ao adolescente na relação de adoção, visando garantir o bem-estar do adotando.

O novo modelo de adoção, a adoção plena, dissipava quaisquer vínculos do adotado com a família biológica, apenas persistindo os impedimentos matrimoniais. Tal modelo também trouxe algumas poucas alterações nos requisitos para a adoção. Ainda não era legal pessoas solteiros, imigrantes, viúvos ou separados adotar.

Já em 1990, quase dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, que está em vigor atualmente. O ECA acabou revogando o Código dos Menores.

Dentro de suas principais alterações, em questão da adoção, agora o filho adotado era equiparado em direitos aos filhos legítimos, incluindo, pela primeira vez, no direito sucessório, conforme artigo 40.

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 pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Quantos ao requisitos referentes a adoção, o ECA trouxe mudanças significativas. A idade mínima para adotar mudou de 30 para 21 anos, e a máxima para o adotante ser alterou-se para 18 anos até a idade do pedido. Essas diferenças foram implementadas visando sempre garantir o bem-estar da criança e do adolescente.

2.3 Adoção Homoafetiva no Brasil

Logo após o surgimento da Constituição de 1988 e do ECA, muito esperou-se que fosse regulamentada a adoção para casais homoafetivos. No contexto da crescente homofobia em que a sociedade brasileira vivia durante a década de 90, os legisladores ignoraram a minoria LGBTTTT mais uma vez, ferindo princípios constitucionais, como o da isonomia e a o da não-discriminação em favor da orientação sexual.

Segundo a jurista Maria Berenice Dias:

Ainda assim, é enorme a resistência para aceitar o exercício da parentalidade adotiva por homossexuais e admitir a possibilidade de homossexuais ou parceiros do mesmo sexo habilitarem-se para a adoção. Não há como deixar de reconhecer que tal configura uma maneira genuína de assegurar o melhor interesse da criança, pois é um direito fundamental de todo cidadão crescer em um ambiente familiar e gozar de uma vida em sociedade. A vedação contrapõe-se ao habitual sistema de institucionalização, que mantém os menores

abandonados moral e materialmente pelos pais, em regime fechado, obstando a colocação em família substituta. (DIAS, 2009, p. 10)

Em 2011, o STF decidiu considerar famílias homoafetivas como entidade familiar. Dois anos depois, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 175, que proíbe os cartórios de se recusarem a realizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A decisão também os obriga a aceitar os pedidos de conversão de uniões estáveis em casamentos e ainda implica sanções caso o cartório se recuse a realizar tais pedidos.

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Essa resolução tem como principal objetivo tornar efetiva a decisão do STF que reconhece a união entre pessoas homossexuais como união cível, assegurando os mesmos direitos e deveres ao casamento heteroafetivo.

Depois que o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo foi regulamentado, casais homoafetivos começaram a ter mais tolerância perante Varas de Família por todo o país. Hoje, casais homoafetivos devem provar todos os requisitos para poder adotar, sendo equiparados em direitos e deveres à casais heteroafetivos.

CAPÍTULO 3 - DA OMISSÃO DO LEGISLADOR E DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

3.1 Da Omissão da legislação atual

A Constituição Federal de 1988, em seu texto, consta que qualquer tipo de discriminação tem que ser combatida, enumerando tais motivos para a discriminação realizadas através de cor, origem, cor, raça, orientação sexual entre outras características.

Por conseqüência, achava-se que com a promulgação da Constituição Cidadã, ser “homoafetivo” estaria dentro dos moldes de que não seria tolerado qualquer tipo de preconceito. Mas devido ao preconceito institucionalizado na sociedade, e por consequência, no legislador, tais dispositivos, que versam sobre a união e da adoção homoafetiva, não foram incorporadas no texto da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

Segundo o diplomata e mestre em Direito pela Universidade de Harvard Alexandre Vidal Porto:

Na Constituinte de 1988, ao proibir discriminação de qualquer tipo, o Congresso legalizou "ser" homossexual. Desde então, contudo, pouca coisa se fez no Legislativo para combater o preconceito com base na orientação sexual. Em sua atividade, os congressistas continuam a desconsiderar as conseqüências praticas da vivencia plena da homossexualidade. Ser hetero ou homossexual não deveria acarretar qualquer diferença em termos de tratamento pelo Estado. Mas, na pratica, acarreta. (PORTO, p.7, 2007)

A sexualidade é um aspecto humano irreprimível e de caráter privado. Portanto, nada mais justo de que a ela esteja no rol taxativo de direitos individuais que possam ser protegidos e garantidos por órgãos estatais, assim como outros direitos constitucionais.

A omissão por partes dos legisladores de reconhecer o *status* homoafetivo bem como instituir penas para a homofobia em pleno século XXI, configura uma tentativa de não reconhecer direitos e excluir tais relações de tutelas jurisdicionais, marginalizando grande parte da sociedade atual, e ferindo diversos princípios constitucionais, tais como o da isonomia, liberdade e o da dignidade da pessoa humana.

Alguns projetos de lei e de emendas constitucionais continuam inertes no Congresso, já que os congressistas insistem em olhar para o outro lado e ignorar que tais iniciativas existam.

A omissão do legislador constituinte, quanto à união entre pessoas do mesmo sexo, não quer dizer que não seja entidade familiar, que não mereça a proteção do Estado, não constitua união estável e nem possa ser transformada em casamento. (DIAS, 2014, p. 130)

Embora a Constituição de 1988 não mencione a união homoafetiva, ela também não a proíbe, cabendo então a jurisprudência decidir a favor de casais homoafetivos. O judiciário Brasileiro não se curvou perante a omissão do legislador.

3.1.1 Decisões Jurisprudenciais a favor da Adoção Homoafetiva

Em 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF de relatoria do ministro do STF, Carlos Ayres Britto, a união de casais homoafetivos foi reconhecida como entidade familiar, sendo a primeira decisão favorável ao tema.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da

sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas, apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento

da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

A partir de 2011, casais homoafetivos passaram a ser protegidos pela jurisprudência, uma vez que o legislador ainda nada fez para mudar o quadro omissão da legislação vigente. A resolução que regulamenta o casamento , comentada no capítulo anterior, homoafetivo foi criada em harmonia com essa sentença do STF.

Em março de 2015, a ministra Cármen Lucia negou recurso extraordinário impetrado pelo Ministério Público do Estado do Paraná que tinha como objetivo a anulação de uma adoção feita por um casal homoafetivo em 2006.

Ementa: DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

2. “Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento” (doc. 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3º, da Constituição da República, afirmando haver “duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. (...) Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e

duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (...) Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. (...) E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiosincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais” (doc. 7). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

4. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. “Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de

sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade”. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente.

5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Observa-se na decisão do recurso em questão que a ministra relatora procurou buscar uma harmonia entre sua decisão e a decisão feita pelo ministro Britto, negando o questionamento do Ministério Público do Paraná referente ao pedido de adoção feito por um casal homoafetivo em 2006. Essa decisão de última instância gera preceitos que facilitam a adoção por casais homoafetivos no país.

O direito a não-discriminação da população LGBTTTT é de extrema urgência, e de caráter de direito fundamental. Dentro dessa realidade, foi então criado o Estatuto da Diversidade Sexual, tema que vai ser explorado a seguir.

3.2 Do Estatuto da Diversidade Sexual e as alterações no Direito de Família

No contexto do preconceito, intolerância e discriminação que o grupo LGBTTTT ainda enfrenta nos dias atuais, houve-se a ideia da criação de um conjunto de leis que teria o papel de tutelar juridicamente os membros da comunidade LGBTTTT, que tinha com principal objetivo reafirmar algumas garantias constitucionais (que não são tão reais na prática), promover a inclusão social de todos e combater práticas discriminatórias e intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, criminalizando a homofobia. A primeira Comissão da Diversidade Sexual da OAB foi criada em 2009 em Recife, sendo a pioneira do tipo.

Houve um intenso trabalho para a elaboração desse conjunto de leis. Para a sua elaboração, em 2011, foi criada a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, que juntamente com as Comissões menores, tiveram um árduo estudo para concluir e elaborar normas do anteprojeto ao estatuto. Esse anteprojeto ficou batizado como Estatuto da Diversidade Sexual.

Segundo a especialista em Direito de Família e presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, Maria Berenice Dias:

O sistema legal precisa contemplar todos os segmentos sociais, não só os que são compostos por um número maior de cidadãos. Como as minorias são

mais vulneráveis, precisam da especial proteção do Estado. Sem uma atenção diferenciada tornam-se alvo da rejeição por parte da maioria. Por isso é indispensável a adoção das chamadas ações afirmativas. (DIAS)

Dentre as alterações dispostas no texto do projeto de lei, há que salientar as mudanças importantes no que tange a respeito do direito personalíssimo do homossexual e do direito de família.

No segundo artigo do EDS, fica garantido que qualquer pessoa, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero merece ter a igual dignidade jurídica perante a sociedade. Os legisladores foram além, ainda mencionando diversos grupos minoritários no artigo, entre eles, homossexuais, lésbicas, bissexuais e travestis. Esse artigo é pautado no princípio da isonomia, princípio constitucional que se encontra elencado no artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988.

O Estatuto da Diversidade Sexual é fundado em diversos princípios constitucionais, princípios que também são versados no próprio texto do estatuto. Vale ressaltar, que no rol taxativo de princípios, o legislador foi além e ainda acrescentaram princípios específicos, como o Direito da livre orientação sexual e o reconhecimento da personalidade da identidade de gênero, princípios que ainda não se figuram na legislação Brasileira.

A respeito do direito de família, o Artigo 4º traz, expressamente, que todos têm direito a convivência comunitária e familiar, incluído também a liberdade para a constituição de família e direitos a vínculos parentais. Tais dispositivos procuram equiparar os grupos minoritários LGBTTT aos direitos e deveres das camadas dominantes da sociedade, uma vez que a legislação, infelizmente, insiste em continuar omissa.

“Art. 4º - Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

V – direito à convivência comunitária e familiar;

VI – liberdade de constituição de família e de vínculos parentais;”

Baseados nos princípios citados anteriormente, o legislador abre preceito com embasamento jurídico para que, pela primeira vez na legislação brasileira, as uniões

homoafetivas começam ser tratadas com o mínimo de dignidade e respeito, e ainda equiparando-as, em direito e deveres, com casamentos e uniões estáveis heteroafetivas.

No estatuto, o legislador também procurou unificar diversos dispositivos que possuem “preconceito institucionalizado”, para finalmente globalizar os diferentes núcleos familiares, propondo que a legislação infraconstitucional também seja alterada. Com a promulgação do estatuto, mais de 130 dispositivos legais seriam alterados, como por exemplo, a alterações dos artigos do Código Civil vigente que possuem textos taxativos, como “homem e mulher”, “pai e mãe”, ou com substituições de expressões como licença-maternidade/licença-paternidade para licença-natalidade.

Reafirmando o direito de família que vem disposto na Constituição Federal de 1988, o EDS inova, e garante plenos direitos de adoção a indivíduos e casais homoafetivos, como dispostos nos artigos 22 e 24 do Estatuto:

Art. 20 - É reconhecido o direito ao exercício da parentalidade, em relação aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos, individualmente ou em união homoafetiva, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 24 - Não pode ser negada a guarda ou a adoção individual ou conjunta de crianças e adolescentes em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero de quem está habilitada para adotar.

Atualmente, o anteprojeto está em fase de angariar assinaturas de um por cento dos eleitores do país, para ser submetido à apreciação do Congresso como forma de iniciativa popular. Essa postura tem como objetivo driblar a postura omissiva em que o legislador se encontra, uma vez que nada fazem para criar normas que tutelem direitos para homossexuais.

3.3 A importância da aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual quanto à adoção

Atualmente, o Estatuto da Diversidade Sexual ainda não foi submetido ao Congresso Nacional, tampouco enviado para análise, devido a não ter conseguido ainda o número desejado de assinaturas para que o projeto tome caráter de iniciativa popular.

Tal estatuto é de extrema importância no que tange assuntos sobre a garantia de convivência familiar de casais homoafetivos. Reafirmando o direito a constituição de família, independente da questão de identidade de gênero e orientação sexual dos adotantes, o Estatuto também garante, expressamente, a tutela pela primeira vez no ordenamento jurídico, a guarda e a adoção.

De um ponto de vista jurídico, não há grandes diferenças no que diz respeito aos casais heteroafetivos e homoafetivos no que tange o afeto. A diferença existente entre esses modelos de casais é que o segundo escolhe quando e como quer ter filhos, enquanto o primeiro, em uma grande parte das vezes, não.

Quanto aos pontos de vista psicológicos, já é comprovado, através de estudos científicos, como por exemplo, o estudo realizado pela Universidade de Virgínia, nos Estados Unidos chamado “*Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*” desenvolvido por Farr, Forssell e Patterson (2010). Foram estudadas 106 famílias adotantes, compostas por casais homoafetivos e casais heteroafetivos, com aproximadamente 200 pais e 100 crianças. Os resultados, consistentes ao longo das avaliações, revelaram que crianças adotadas precocemente por casais homossexuais estavam tão bem ajustadas psicologicamente quanto às adotadas por casais heterossexuais. Viver sob a homoparentabilidade não produz efeitos negativos.

Segundo Paulo Roberto Lotti Vecchiatti:

A maioria da população crê que a adoção por casais de mesmo sexo afetaria o desenvolvimento sadio da criança, ou seja, por influxo dos pais, o adotado se tornaria homossexual. Por outro lado, é pertinente informar que a Organização Mundial da Saúde emprega a homossexualidade como “uma das livres manifestações da sexualidade humana”, todavia, a homossexualidade é tão natural como a heterossexualidade; (VECCHIATTI, 2012. p. 503).

O maior empecilho que casais homoafetivos encontram para praticarem a adoção é o preconceito social que a sociedade impõe, já que se tem difundido diversas opiniões erradas sobre o tema, opiniões essas que são constantemente desmentidas por ramos da psicologia e da psicanálise que se dedicam ao estudo desse tema.

Os casais homoafetivos, por analogia, têm o direito à adoção e os infantes têm o direito a um lar apto a proporcioná-los bem-estar e desenvolvimento com amor, solidariedade e respeito. No entanto, em razão dos empecilhos jurídicos, é vasto o número de crianças abandonadas à espera de uma família. (DOMENICO, DENCZUK, 2015, p. 1)

É importante salientar que ainda existem muitas crianças em abrigos e orfanatos, esperando para que sejam aceitas por alguma família, que possa não só oferecer os meios de sustento para a educação do infante, mas ainda, um lar com amor, afeto e respeito, para que a criança se desenvolva em um cidadão de bem e com responsabilidades perante os próximos e a sociedade.

A ausência de dispositivos expressos em lei que tutelem tanto a união de casais homoafetivos quanto a adoção por casais homoafetivos acabam institucionalizando o preconceito e a discriminação que essa parcela da sociedade ainda sofre, não só prejudicando os casais e adotantes, como também acaba prejudicando as inúmeras crianças que ainda esperam por um lar com afeto, solidariedade e respeito, deixando-as marginalizadas sob a tutela fraca e falha do Estado. Tudo isso em prol de um preconceito que em pleno século XXI já não deveria mais existir.

Mas isso não significa que, caso o Estatuto da Diversidade Sexual for aprovado, as crianças seriam “leiloadas” como mercadorias para casais homoafetivos. O magistrado deve sim fazer uma prévia análise dos aspectos sociais, psicológicos e morais dos adotantes, para visar o bem-estar da criança ou do adolescente que vai ser adotado. Somente após essa avaliação, é possível deferir ou indeferir a adoção. Entretanto, a orientação sexual dos adotantes não pode influenciar a decisão. Caso influencie, fica caracterizada prática discriminatória, algo que os operadores do direito têm que usar todos os meios necessários para combater.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, discorreu-se acerca de diferentes questões relacionadas ao instituto da adoção e, particularmente, à adoção por casais homoafetivos. Por conseguinte, tratamos da omissão do legislador quanto ao tema e do Estatuto da Diversidade Sexual.

Observa-se no transcorrer dessa pesquisa, que a instituição familiar passou por diversas transformações durante a progressão histórica. Na atualidade, evidenciam-se tipos de famílias que causaram mudanças na interpretação de dispositivos constitucionais e na legislação infraconstitucional, como a família homoparental.

Em relação à adoção, podemos observar desde sua criação, no Código de Hamurabi, até as mudanças que transformariam o instituto da adoção como é visto no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos em vigência no ordenamento jurídico Brasileiro. Também se observa como é o estado da legislação atual no que concerne a adoção por casais homoafetivos, mostrando a postura do legislador diante do tema.

O legislador ainda insiste em continuar negligente no que tange à criação de normas expressas que tutelem direitos básicos para casais homoafetivos. Isso prejudica não só o direito de constituir família desses casais, assim como privando crianças e adolescente espalhados por orfanatos de lares pautados no convívio familiar, respeito, educação e amor.

Também observou-se que o Judiciário tem proferido decisões à favor dessa minoria, não só para reparar a omissão intencional feita pelo Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também visando o bem-estar e as necessidades de crianças e adolescentes abandonados em orfanatos. Todavia, apesar do apoio do poder Judiciário, ainda parece existir uma forte resistência na criação de normas jurídicas que protejam as famílias homoparentais.

Portanto, a partir da apuração de dados da pesquisa, é possível deduzir que é necessária uma grande modificação no Direito de Família, modificação essa que poderia acontecer com a promulgação do anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, o qual traz mudanças para várias áreas diferentes do Direito público e privado, inclusive sobre a adoção.

Não permitir que companheiros homossexuais sejam aptos para adotar é punir indivíduos pelo simples fato de não se encaixarem no padrão majoritário da sociedade, caracterizando a discriminação por orientação sexual, fato que é proibido pelo texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002

CHAVES, Antônio. **Adoção, adoção simples e adoção plena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 40.

BANDEIRA, Marcos. **Adoção na prática forense**. 1ªed. Ilhéus: Editus, 2001

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

BRASIL. **Código de Menores**. Brasília, DF. Congresso Nacional, 1979.

BRASIL. **Resolução Nº 175, DF**. Conselho Nacional de Justiça, 2013.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF. Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. **Estatuto de Diversidade Sexual**. Brasília, DF. Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário Nº. 846.102. Órgão Julgador. Tribunal Pleno. Relator: Ministra Carmen Lucia. Julgado em 5 mar. 2015. Publicado no Conjur em 20 mar. 2015. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/stf-reconhece-adoacao-restricao-idade.pdf>> Acesso em 05 jun 2016

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 jun 2016.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **A Família nas Constituições Brasileiras**, 2012. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/239/236>> Acesso em 22 jun 2015

DENCZUK, Tatiana ; DI DOMENINCO, Juliana Terhorst. **Aspectos Jurídicos e psicológicos da adoção homoafetiva**. Disponível em <<http://jus.com.br>> Acesso em 14 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014. P.43.

_____. **União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos**. In: Revista Brasileira de Direito de Família n.º 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

_____. **A família homoafetiva.** Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf>. Acesso em 22 jun. 2015.

_____. **Estatuto da Diversidade Sexual: Uma lei por iniciativa popular.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_uma_lei_por__iniciativa_popular.pdf> Acesso em 15 Mar. 2016.

_____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo/coordenação.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais,,

_____. **A homofobia e a omissão do legislador.** Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/a_homofobia_e_a_omiss%E3o_do_l_eislador_-_r_latorio_azul.pdf>. Acesso em 22 jun. 2015

_____. **A homoafetividade e Direito homoafetivo.** Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52_-_homoafetividade_e_direito_homoafetivo.pdf>. Acesso em 22 jun. 2015

_____. **As Uniões homoafetivas no STJ.** Disponível em <>. Acesso em 21 jun 2015.

_____. **Casamento gay: uma possibilidade concreta.** Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/casamento-gay--uma-possibilidade-concreta.cont>>. Acesso em 24 jun. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. **Temas atuais de direito e processo de família: primeira série**. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

Farr, R., Forssell, S., & Patterson, C. **Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?** Universidade de Virginia. Estados Unidos da América, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil de Família.** São Paulo: Atlas, 2008. P. 155

HAMURABI, Código de Hamurabi. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>> Acesso em 22 out. 2015

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Zurique, Friedrich Engels. 1884.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOREA, Roberto Arriada. **A Nova definição legal de família**. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/A_nova_definicao_legal_da_familia_brasileira.doc> Acesso em 21 jun 2015

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997. p. 24.

MASCHIO, Jane Justina. **A Adoção por casais homossexuais**. In: Jus Navegandi, n. 55

PORTUGUESES, Ordem dos Psicólogos. **Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais**. Lisboa, 2013.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Breve histórico dos conceitos de adoção**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em 14 Out,2015

PORTO, Alexandre Vidal. **O Congresso e os homossexuais**. O Globo, 21/09/2007, Opinião, p. 7.

RIOS, Roger Raupp. **As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação**. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Rios-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>> Acesso em 23 jun. 2015

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salto. **Direito Civil: Direito de Família**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.