



ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS –BRASIL 1988-2016

ADOPTION BY HOMEAFETIVE PAIRS

Douglas Dos Santos Teixeira¹

Eduarda Ludmila Moreira²

Resumo

O presente estudo tem o objetivo de identificar a possibilidade, no âmbito do arcabouço jurídico brasileiro a adoção de crianças ou adolescentes por pares homoafetivos. A problemática é expressa da seguinte maneira: o arcabouço jurídico brasileiro regula a adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos? A metodologia envolvida neste estudo quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica, baseando-se em livros, artigos científicos e periódicos jurisprudenciais, para construção do referencial teórico. No que se refere à classificação da pesquisa quanto aos fins, possui características de pesquisa descritiva. Ao longo deste trabalho de pesquisa, serão abordadas ao longo da história as mudanças sofridas pela instituição familiar, concomitante à essas mudanças, o surgimento de um novo conceito de família, possibilitando que crianças e adolescentes tenham uma adoção e façam parte de uma família com afeto, amor e respeito. No Brasil, apesar da união homoafetiva já ser parte do arcabouço jurídico, inexistente uma previsão legal expressa quanto a adoção conjunta por pares homoafetivos. Contudo, é importante salientar que o texto Constitucional de 1988 em seu artigo 5º afirma que: “todas as pessoas são iguais perante a lei”, o que se infere que o não cumprimento deste artigo, configura ato de preconceito e discriminação. Por fim, concluiu-se a possibilidade da adoção por pares homoafetivos uma vez que não existe uma base legal que diga expressamente que é possível ou não a adoção por esses pares, sendo esse direito concedido no texto constitucional, e as jurisprudências apoiam e incentivam essa atitude.

Palavras chave: Adoção. Pares homoafetivos. Instituição familiar. Constituição Federal de 1988.

1 INTRODUÇÃO

A cada geração, o conceito de família vem se tornando multifacetado, uma vez que os arranjos familiares da sociedade moderna não acontecem apenas com o casamento. Atualmente, o Direito de Família é regido pelo Código Civil de 2002, que foi gestado ao final dos anos 60, muito antes das grandes mudanças ocasionadas pela Constituição Federal de 1988. Nesse código, o modelo de família era patriarcal, constituída apenas pelo casamento, havendo desigualdade entre cônjuges e filhos, legitimada pela existência dos poderes marital e paternal.

Porém, a Constituição Federal de 1.988, ao deixar de proteger o casamento para proteger a instituição familiar, derivada ou não deste, reconhece a

¹ Graduando do 9º período do Curso de Direito. UNIPTAN – Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves, e-mail: douglassantosteixeira@hotmail.com

² Graduanda do 9º período do Curso de Direito. UNIPTAN – Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves, e-mail: du_dinha.lm@hotmail.com

união estável e a família monoparental como entidades familiares. Positivado pelo artigo 226, §4º, da Constituição Federal, houve o reconhecimento da família monoparental, que é aquela constituída por um dos pais e seus filhos. Uma das características da família monoparental é que esta surge da livre escolha do provedor/genitor, podendo ser através da adoção ou métodos científicos, assim como a inseminação artificial. E é nesse diapasão que a Constituição de 1988 possibilitou as famílias suas garantias constitucionais, admitindo-se a homoparentalidade.

É dentro desse viés que surgem assuntos bastante controversos, como é o caso da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos. No âmbito jurídico, a legislação brasileira não dispõe de nenhuma norma que aborda especificamente este tipo de adoção, causando uma enorme divergência de opiniões acerca do tema.

Ao abordar o tema, adoção por pares homoafetivos, justifica-se por querer entender se o arcabouço jurídico brasileiro será capaz de atender aos anseios da sociedade, que cada dia exige do legislador linhas mestras de ações positivas para assegurar o respeito a dignidade humana e o combate a discriminação.

Tem-se como problema de pesquisa o intento de investigar se o arcabouço jurídico brasileiro regula a adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos. Tal problema de pesquisa tem como hipótese que no Brasil não existe previsão legal de forma explícita sobre a adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos. Contudo, o texto Constitucional de 1988 em seu artigo 5º afirma que: "todas as pessoas são iguais perante a lei", o que possibilita este amparo legal porque o não cumprimento deste artigo configura ato de preconceito e discriminação.

A metodologia envolvida neste estudo, é pesquisa bibliográfica, baseando-se em livros, artigos científicos e periódicos jurisprudenciais, para construção do referencial teórico.

No que se refere à classificação da pesquisa quanto aos fins, possui características de pesquisa descritiva, pois este tipo de pesquisa consiste em analisar os fatos sem manipulá-los.

O objetivo geral deste estudo é identificar a possibilidade, no âmbito do arcabouço jurídico brasileiro, da adoção de crianças ou adolescentes por pares

homoafetivos. Deste objetivo geral depreendem-se os objetivos específicos quais sejam: 1) Apresentar por meio de pesquisa bibliográfica os elementos que fundamentam o histórico e os conceitos de família que se encontram no interior do nosso ordenamento jurídico; 2) Verificar se as uniões civis estáveis de natureza homoafetiva aumentam a possibilidade de adoção, no Brasil; 3) Discutir se juridicamente a união homoafetiva é capaz de tornar os parceiros uma entidade familiar, e; 4) Descrever os procedimentos legais do Estado brasileiro baseando-se em julgados jurisprudenciais para a adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos.

O tema apresentado é relevante por sua importância significativa para o legislador brasileiro, uma vez que esse debate, sobre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, encontra-se inserido na Constituição federal de 1988. Dessa maneira, entende-se que esse princípio norteia o dispositivo legal no reconhecimento e adoção/filiação por pares homoafetivos. Com esse estudo pretende-se minimizar o preconceito de orientação sexual existente no entorno do tema proposto, e apontar um novo “arranjo” de família no seio do direito, com vistas a relacionar ao Estatuto da Criança e do Adolescente que disciplina os critérios para a adoção e também objetiva proteger a criança e o adolescente de forma integral, sob a égide do texto Constitucional de 1988 independente da orientação sexual dos adotantes.

Este estudo está organizado em três capítulos: o primeiro capítulo faz uma breve definição conceitual sobre família e sua evolução, bem como seu atual formato na sociedade brasileira. Traz também, à luz do Código Civil de 2002, uma fundamentação jurídica sobre as famílias; o segundo capítulo terá como norte o instituto da adoção, assim como seu conceito, finalidade, buscando uma análise sobre a Lei de adoção nº 12.010/2009. Finalmente, o terceiro capítulo, discorrerá sobre a da adoção por pares homoafetivas, buscando perceber o posicionamento do Poder Judiciário, e será feita uma breve análise de jurisprudências acerca do tema.

Em resposta ao problema de pesquisa proposto, sobre a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos através das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, obteve-se como resposta que apesar da inexistência de uma norma que fundamente ser possível ou não, existe uma previsão constitucional que assegura a igualdade perante a lei, de forma que o

arcabouço jurídico direito, com referencia ao tema abordado tem se construído com jurisprudências.

2 Conceito e histórico das Famílias: Principais Perspectivas

Ao abordar o tema, adoção por pares homoafetivos, trata-se de uma discussão de abordagem teórica, pois quando se trata de pares homoafetivos e a questão da adoção por estes pares homoafetivos percebe-se ser este um assunto extremamente polêmico, ensejando inúmeras discussões tendo em vista as contradições existentes, seja nos meios jurídico, religioso e social. Por hipótese tem-se que a legislação brasileira vigente não ampara, expressamente, a adoção por pessoas do mesmo sexo, porém, esse direito é garantido, pelos direitos promulgados pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º afirma que: "todas as pessoas são iguais perante a lei", o que possibilita este amparo legal porque o não cumprimento deste artigo configura ato de preconceito e discriminação.

Será analisado como problema de pesquisa se existe a possibilidade de adoção por pares homoafetivos através das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral deste estudo é identificar a possibilidade, no âmbito do arcabouço jurídico brasileiro, da adoção de crianças ou adolescentes por pares homoafetivos. Deste objetivo geral depreendem-se os objetivos específicos quais sejam: 1) Apresentar por meio de pesquisa bibliográfica os elementos que fundamentam o histórico e os conceitos de família que se encontram no interior do nosso ordenamento jurídico; 2) Verificar se as uniões civis estáveis de natureza homoafetiva aumentam a possibilidade de adoção, no Brasil; 3) Discutir se juridicamente a união homoafetiva é capaz de tornar os parceiros uma entidade familiar, e; 4) Descrever os procedimentos legais do Estado brasileiro para uma adoção considerando os dispositivos presentes no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A metodologia envolvida neste estudo quanto é de pesquisa é bibliográfica, baseando-se em livros, artigos científicos e periódicos jurisprudenciais, para construção do referencial teórico. No que se refere à classificação da pesquisa quanto aos fins, uma vez que serão abordadas peças jurisprudenciais, possui

características de pesquisa descritiva, pois este tipo de pesquisa consiste em analisar os fatos sem manipulá-los.

A justificativa do tema apresentado é de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, tornando imperioso uma esta discussão uma vez que se trata de preceitos fundamentais inseridos no texto constitucional brasileiro de 1988. Partindo destes preceitos tem-se o norte da pesquisa: combater a discriminação e o tratamento diferenciado, objetivando a aplicação dos corolários da dignidade da pessoa humana, quando da concessão de adoção com fundamento no melhor interesse do adotado. O tema abordado neste projeto de pesquisa possui importância acadêmica, porque pode influenciar no amadurecimento jurídico, a capacidade de crítica quando da aplicação da legislação vigente, frente aos interesses sociais e aos direitos fundamentais amparados pela Carta Magna, onde se percebe que não se pode negar a possibilidade de reconhecimento de filiação, pelo simples fato de os pais serem do mesmo sexo.

A falta de uma conceituação e explicitação clara sobre o vocábulo “família”. Assim, como as relações sociais, a evolução social (melhoria gradual dos parâmetros sociais, econômicos e políticos de uma sociedade), a família também passou por novas formas de evolução e concepção e, desta maneira, foi surgindo um amadurecimento nas formas de se pensar a família Neste estudo é importante ressaltar a visão da ex-Desembargadora Maria Berenice Dias:

“O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”.(DIAS, 2010, p.43)

De acordo com Dantas (1991) à família, no Direito Romano, prevalecia o “*pater familiae*”, ou seja, a base da família era patriarcal momento em que a figura do pai detinha o poder sobre os seus filhos, netos, sua esposa, noras e até sobre os bisnetos, assim como também era o responsável pelas finanças, uma situação em que predominava o patrimônio do “*pater famílis*” inexistindo o patrimônio da família..

Segundo Wald (1990), por ocorrência de abusos por parte do poder *pater*, advindo do império, inicia-se uma mudança com relação à família a mulher começa a ser mais autônoma e admite-se que a mãe possa substituir o pai, inclusive com a guarda de filhos, e a ter direitos sobre a herança desses filhos, caso estes não tivessem descendentes e irmãos.

De acordo com Wald (1990, p.34) com “a proclamação da república do Brasil, em 1889, aconteceu a desvinculação da igreja com o estado e então se instituiu o casamento civil, mas, porem ainda indissolúvel”.

3 A família do código civil brasileiro de 2002 - lei nº 10.406

Dias (sd.) em trecho de um artigo publicado em 2010, intitulado “Direito das famílias: um ano sem grandes sonhos”, emite sua opinião sobre a nova lei:

“O total descaso do legislador para com a realidade da vida resta escancarada na chamada Lei da Adoção, a Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Apesar do nome com que ficou conhecida, veio para entrar ainda mais o calvário a que são submetidas milhares de crianças e adolescentes. Não basta a desdita de não permanecerem junto a seus pais. Sequer lhes é assegurado o direito de encontrarem um lar sem amargarem por anos em abrigos e instituições. A sacralização exacerbada da família natural faz tão moroso o processo de destituição do poder familiar que as crianças deixam de ser crianças, o que diminui, em muito, as chances de serem adotadas. Ainda que a Lei traga alguns avanços, estes são insignificantes em face dos percalços impostos à adoção nacional e internacional”.(DIAS)

Segundo, Venosa (2009) destaca que o Código de 2002 não ousou abandonar sólidos princípios clássicos advindos do modelo da família patriarcal, não compreendendo os novos fenômenos da família contemporânea. Nesse diapasão, Venosa (2009) aponta que o novo Código não trouxe mudanças importantes para o direito de família, uma vez que estas já haviam sido expressas na constituição de 1988.

Oliveira (2002) aponta que a constituição de 1988 além de contemplar, abrigou uma transformação anterior de família e do direito de família que estava represado na doutrina e na jurisprudência. O autor aponta que não foi a partir do Constituinte que ocorreram as mudanças referentes à família, o que houve foi o reconhecimento de uma evolução e valores impregnados que já estavam latentes na sociedade brasileira.

Este estudo, a partir de agora, passa a analisar as principais fronteiras que ligam a nossa Lei maior, a Carta Magna de 1988, às novas concepções de família e o processo de adoção.

4 Direito das famílias e a constituição federal de 1988

Segundo Gadotti (2000), a constituinte foi convocada em 1986 e reuniu a maioria dos setores públicos e privados organizados da sociedade que vivenciaram um processo de luta pela redemocratização do país, culminando com a transição do regime militar para o regime civil

A Carta Magna de 1988 substituiu os aspectos sobre a moralidade, cedendo espaço para novas formas de se perceber a família, cujo objetivo maior passou a ser o da busca da felicidade e do afeto. O que denota que a família atual está fundamentada em sua função de afetividade

A inserção do artigo 226, na CF/88 de 1988, ao reconhecer a união estável entre os heterossexuais como entidade familiar, ressaltando ainda que a lei deve possibilitar que se torne em casamento, isto é, existe uma recomendação em transformá-la em casamento. Para Maria Berenice Dias, o referido artigo pluralizou a maneira de se conceber a família, não mais limitando a uma celebração de casamento. A autora aponta que em nenhum momento o texto Constitucional de 88 há a afirmação de não poder haver entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Conforme Dias (2005), a Constituição Federal que norteia o sistema jurídico brasileiro em seu art. 1º, III, consagra, em norma pétrea, e tem como sustentação o respeito à dignidade humana. E é esse princípio, o da dignidade da pessoa humana, que deve ser transformado em uma nova forma de concepção nas relações com o judiciário.

Segundo Dias (2005), “apesar dos protestos da doutrina, as uniões continuaram sendo vistas como sociedades de fato e julgadas segundo o Direito das Obrigações”.

A cultura ou a tendência em sacralizar a antiga forma de se pensar a família, dificulta o entendimento que relacionamentos extramatrimoniais também são entidades familiar.

5 A união estável homoafetiva no Brasil

Para Pereira (2011, p.193) “o afeto é o aspecto central das entidades familiares contemporâneas”. Há muito tempo a orientação sexual não mais se baseia simplesmente em relações carnavais, mas também é uma escolha quanto a um estilo de vida.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - (IBGE, 2010) no Brasil existem cerca de 60 mil casais autodeclarados homossexuais. Contudo, não existe uma legislação específica para esse grupo. O que existe é um conjunto de decisões judiciais, cabendo destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, que interpretando a legislação infraconstitucional de acordo com a Constituição fez história nos julgamentos em Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em maio de 2011.

A ADI 2477 foi protocolado na Corte inicialmente como ADPF 178, e buscou a declaração de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Na ação da ADPF 132, de acordo com o governador do Rio de Janeiro, argúi que não reconhecer a união homoafetiva é ir contra as normas fundamentais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, inseridos na Constituição Federal.

O STF se destaca ao reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. O fato é que na legislação infraconstitucional havia um dispositivo idêntico a uma previsão constitucional; atestando a existência de algo maior que uma simples interpretação da Constituição. Desta forma, entende-se que o STF agiu como um constituinte derivado, mesmo não tendo legitimidade para isso.

Segundo Dias (sd), a não previsão legal é essencial em reconhecer a união entre o mesmo sexo como união estável, e o STF ao reconhecê-la, pode-se compreender que a falta de reconhecimento formal não é sinônimo da impossibilidade de conceder tutela jurisdicional, pois, dessa forma, cometeria violação à isonomia e à liberdade de escolha, além do desrespeito aos diferentes estilos de vida. Muito embora, o estilo de vida homoafetivo seja marcado por preconceitos, no moderno Direito das famílias, as famílias homoafetivas têm o direito de consolidar laços familiares.

De acordo com Granato (2006, p.49), a CF de 88 em seus artigos 226 a 230 iguala os direitos de todos os filhos com relação a da Ordem Social, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, sendo o § 6º do art. 227: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas filiação”.

Por causa desta preocupação diferenciada na CF de 1988 referentes às crianças e Adolescentes, institui-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

6 O Instituto da adoção no Brasil

Partindo da premissa de que sempre existiram crianças, e que dentre elas, alguns pais não a querem ou não podem ficar com as mesmas, pode-se inferir que o instituto da adoção é um dos mais antigos de que temos ciência.

As civilizações antigas acreditavam que os mortos tinham que ser cultuados por seus descendentes, dessa maneira, quem não tivesse filhos deveria adotar para que se perpetuasse a família.

Coulanges (2001) aponta que:

O dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que declarava o divórcio em caso de esterilidade e que, em caso de impotência ou morte prematura substituía o marido por um parente, outorgava ainda a família um derradeiro recurso para escapar á infelicidade tão temida da extinção (p.50).

Cunha (2011, s.p) ressalta que no Brasil, o primeiro marco regulador do instituto da adoção, foi o Código Civil de 1916 que disciplinou e sistematizou dedicando onze artigos (368 a 378) para tratar sobre o tema. Contudo, a função da adoção permaneceu de acordo com o Direito Romano, ou seja, preocupou-se somente em atender aos interesses dos adotantes, não se preocupando com o adotado, tendo o legislador previsto inclusive a dissolução da adoção.

Nessa esteira de acontecimentos e evolução legislativa, a legitimação adotiva cedeu espaço à Lei 6.697 de 1979, o chamado Código de Menores. Para Cunha (2011) o referido código introduziu a adoção plena, revogando a Lei 4.655/65, sem, contudo, expurgar a adoção simples, regulamentada pelo CC/16. Dessa forma, conclui-se que eram institutos distintos, uma vez que a adoção simples era regulada pelo CC/16.

Para Gonçalves (2008, p.341) a adoção plena possibilitava o ingresso do adotante na família como filho de sangue. O autor ainda destaca que havia entre os dois institutos algo em comum: “a discriminação entre o filho oriundo do parentesco civil e a prole decorrente do parentesco consanguíneo”.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §5º e 6º, versa que:

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

§ 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. (BRASIL, 1988)

Após a inovação advinda do texto constitucional, em 1990 foi editada a Lei nº 8.069/90, mais conhecida como o “Estatuto da Criança e do Adolescente” - ECA foi promulgada em 1990. Este dispositivo é voltado para políticas governamentais direcionados ao cumprimento dos direitos e garantias constitucionais das crianças e dos adolescentes

Segundo Digiácomo (2010, p.49), o artigo 43 do ECA aponta: “A adoção será deferida se apresentar reais vantagens à criança ou adolescente, e estar fundamentada em motivos legítimos” . E o artigo 44 do referido estatuto ressalta que “o tutor ou curador não pode adotar o pupilo ou curatelado, enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance”.

A adoção de criança e adolescente visa encontrar um lar para que estes se desenvolvam com respeito, carinho e amor. Para a Desembargadora Maria Berenice Dias (2009), este lar, consagrado pela entidade familiar, pode ser tanto de casais de sexo diferentes, quanto do mesmo sexo. Para a desembargadora (2000), não há qualquer impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a capacidade para a adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante.

Pelas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, nota-se que é imperioso haver uma identificação entre o adotante e o adotando, no que diz respeito a afetividade e afinidade. E, indiferente da liberdade de escolha sexual do casal, pode ocorrer essa identificação, pois o que se procura não é diferenciar homem e mulher, mas, essencialmente, dar e receber amor na entidade familiar.

7 A adoção por pares homoafetivos e a legislação

A Lei Nacional de Adoção, Lei Nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, surge com o objetivo de facilitar o acesso a adoção, possibilitando um numero maior de crianças serem adotadas.

Para Cornélio (2010, s.p), “no Brasil, adotar já foi um processo muito mais longo, burocrático e estressante. Hoje, com o apoio da legislação e o advento dos Juizados da Infância e da Juventude, está muito mais fácil e rápido adotar um filho”.

Porém, Cornélio (2010) entende que a Constituição Federal Brasileira em seu artigo 226,§ 3º, reconhece como união estável apenas aquela entre homem e mulher, desta forma, na ótica do autor, a adoção por casal do mesmo sexo permanece vetada.

Contrário a esse entendimento, Dias (2001) percebe que a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, está em sintonia com o objetivo de concretizar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito que é o da justiça social e do melhor interesse de crianças e adolescentes. Dessa forma, é notório que os legisladores têm buscado se posicionar a favor de adoções por casais homoafetivos, tomando por fundamento a aplicação do princípio da igualdade, segundo artigo 5º Constitucional:

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

Para Dias (2001), o princípio da igualdade, e o da dignidade da pessoa humana, significa garantir proteção à pessoa em forma de viver, não fazendo diferença a sua orientação sexual. Para a autora, o direcionamento afetivo bissexuais, heterossexuais ou homossexuais encontra, nos princípios da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, que são os pilares jurídicos.

De acordo com Loréa (2005), a ciência não comprova que a ordem social ideal seja somente por intermédio de casal heterossexual, a diversidade de famílias pode construir para sociedades mais humanas:

Para Struchiner (2002), o realismo jurídico é outra forma utilizada nas decisões sobre adoções casais homoafetivos, ou seja, busca-se encaixar o direito à realidade para a formação de novos modelos de famílias. Dessa forma, no poder-

dever da sentença, os juízes o fazem por analogia, a partir de uma análise sociológica, buscando conformar a finalidade normativa às exigências da sociedade.

Para Fugie (2002, p.4) “os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade”.

Dias (2001, p.4) salienta que na falta de norma reguladora quanto a relação homossexual, “é de se aplicar a legislação pertinente aos vínculos familiares e, sobretudo, à união estável, que, por analogia, é perfeitamente, aplicável”.

O legislativo precisa, cada vez mais, descobrir que a melhor família é aquela que possui o afeto como forma de convivência familiar, não importando os padrões e preconceitos.

Nesse diapasão, cabe destacar algumas análises jurisprudenciais, uma vez que existe a impossibilidade de se fazer um estudo de caso, porque processos que envolvem crianças seguem em segredo de justiça. É notório que a constante busca pelos casos jurisprudenciais tem se configurado como fonte de modernização, uma vez que a busca incessante pelos fatos da jurisprudência tem se tornado fonte de modernização e achegamento do Direito à realidade social, tentando dessa forma solucionar casos não amparados pela lei.

8 Análises Jurisprudenciais

Ainda no Brasil contemporâneo tem-se registrado a negatória da adoção por pares homoafetivos, frente a falta de uma conceituação clara por parte de alguns legisladores, o que é com certeza uma postura infundada indo de encontro ao desrespeito de preceitos constitucionais que são o direito a dignidade e a igualdade.

Sendo que a Constituição Federal de 1988 versa com clareza em seu artigo 5º o direito a igualdade nos termos da lei:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos desta constituição. (BRASIL, 1988)

Nessa esteira de raciocínio, quando falamos de adoção por casais do mesmo sexo, citaremos dois julgados, sendo ambos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul onde as decisões têm sido favoráveis ao direito de adotar, com sustentação ao direito de Igualdade.

EMENTA: “APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO”.

Esta apelação foi interposta por Vanessa A.S. e Cláudia E.N.B, que nos autos da adoção, julgou improcedente o pedido de adoção conjunta, uma vez foi determinado que uma das partes indicassem em nome de qual delas seria realizado o cadastro para adoção, ante a impossibilidade de deferimento a ambas.

As requerentes manifestaram-se, requerendo o cadastro conjunto para adoção. O Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido de habilitação conjunta. O Ministério Público, neste grau, pelo eminente Procurador de Justiça, Sobreveio sentença indeferindo o pleito de adoção conjunta, ressalvada a possibilidade de adoção unilateral por qualquer das requerentes.

As adotantes, sustentando possuir relacionamento equivalente a união estável, portanto preenchendo os requisitos necessários à adoção conjunta, pugnaram pelo provimento de adoção.

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese.

A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. Nº70031574833-2009/CÍVIL

Há de se esclarecer nesse momento que o art. 42 do ECA, em seu § 2ª, prevê que *“a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família”*.

Corroborando, o art. 1.622 do Código Civil (2002, p.129) discorria que: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável. O artigo acima citado foi revogado pela Lei Nº 12.010/09, contudo, manteve a mesma essência em seu artigo 42, § 2º aponta: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

Desta forma, se infere não haver impedimento legal para a adoção por pares homoafetivos, muito embora haja a necessidade de uma estabilidade da relação entre os adotantes e a constituição familiar do núcleo. Nesse diapasão, o julgado a ser em questão foi analisado em sede do STJ, pelo então Ministro Relator Luis Felipe Salomão, pela 4ª Turma, dispondo o seguinte:

EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL.SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE.IMPREScindIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES.RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadíssimos estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público

Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como Dezembro 2011 a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010)

Para o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, o que deve ser levado em consideração, perante da análise da situação em questão, é encontrar o melhor recurso que seja capaz de garantir o amparo dos menores que se encontram na condição de adotados. O relator ainda ressalta os estudos científicos não apontam quaisquer prejuízos de qualquer natureza para as crianças, diante da presença do amor e afeto, sendo função do Estado assegurar tais direitos. Desta forma pode-se interpretar que de acordo com o julgado, o legislador precisa estar atento à proteção integral dos menores, prevendo as perdas de ordem material que serão provocados às crianças com a negatória do pleito, influenciando no direito de convívio com os filhos, bem como no direito de cunho sucessório.

O Ministro Aldir Passarinho Junior apoiou totalmente o voto do Ministro Relator, fundamentando-se na maior proteção do adotado, assim como o direito a vida e a dignidade, os quais já estão garantidos na da relação jurídica apresentada.

O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro seguiu o voto do Ministro Relator, ressaltando que fundamentado no Pacto São José da Costa Rica, fica asseverado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que desta forma, não faz sentido que menores fiquem em albergues ou patronatos, por causa da omissão do Estado. O Ministro João Otávio de Noronha versou alguns questionamentos como ao fato de que negar a adoção, seria impedimento para que as crianças tenham assistência médica, social, bem como que usufruam de renda de uma eventual pensão.

Portanto, percebe-se que orientados pelos princípios gerais do direito e pela analogia, cabe destacar que os tribunais mais humanistas vêm deferindo a adoção homoafetiva. Nesse sentido, podemos confirmar que a adoção homoafetiva tanto é possível como está sendo fundamentada nos princípios constitucionais da liberdade, autonomia e dignidade.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de esgotar esse tema, abordar sobre adoção por pares homoafetivos antecede o direito, provocando discussões, de um lado uma vertente a favor e, de outro lado, vertente contrária. O que se pode perceber é que as famílias estão sob um novo “arranjo”, e parcela da sociedade vem acompanhando esse processo, porque infelizmente ainda existe outra parcela não pronta a transformações, inclusive no seio do arcabouço jurídico.

Nesse viés é que tanto Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, em ambos os casos acima analisado, têm embasado suas decisões “pelo bem estar e o principio do melhor interesse”, neste caso do adotado. Quando ocorre de o Ministério Público buscar impedir tais adoções, estes impedimentos foram rejeitados pelos Tribunais de Superposição.

De acordo com a hipótese desenvolvida nesta pesquisa, que é sobre a inexistência de uma previsão legal sobre a adoção por casais homoafetivos, sendo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, que assegura “todos são iguais perante a lei”, e o seu não cumprimento configura ato de preconceito e discriminação.

Portanto, a pesquisa obteve como resposta que não existe uma base legal que diga expressamente que é possível a adoção por pares homoafetivos, esse direito foi concedido no texto constitucional, de forma que o direito brasileiro se constrói com jurisprudências.

A hipótese foi alcançada uma vez que ficou comprovado que inexistente uma norma que seja expressa de forma contundente quanto ser legal ou ilegal a adoção por pares homoafetivos, contudo, existe uma previsão constitucional que assegura a igualdade perante a lei, caso contrário, o legislador ao não permitir a adoção por esses pares configuraria crime de preconceito. Desta forma, quando o legislador se recusa a consentir o ato de adoção pelos pares em estudo, se torna necessário recorrer a jurisprudência.

A resposta ao problema de pesquisa deste estudo é de extrema importância que a legislação brasileira aprove a adoção por casais homoafetivos, o que traria um grande avanço para a sociedade brasileira. Mas, enquanto se aguarda uma legislação específica, torna-se urgente perceber que a união entre pessoa do mesmo sexo, comprovado a estabilidade familiar, constitui uma família. O fato é que a sociedade não está preparada para conviver com o novo, o diferente, mas o que está em questão é o bem estar da criança, a dignidade da pessoa humana, independente de sua orientação sexual do adotante.

Tal afirmação quanto ao despreparo da sociedade, não é fato conclusivo, porque parcela dessa sociedade está aberta a mudanças no que diz respeito a adoção por casais homoafetivos, uma vez que esse devem como qualquer indivíduo da sociedade serem tratados com de respeito, dignidade e igualdade.

Cabe a sociedade como um todo analisar cada caso, pontos positivos e negativos, livres de preconceitos, importando-se somente em pensar a real vantagem para o adotando, pois, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que importa é o bem estar da criança.

Pelas análises, infere-se que a adoção por homossexuais quando feitas de maneira individual não encontra tantas dificuldades quanto àquelas realizadas por pares homoafetivos, e esta, não foi tratada pela legislação de forma tão enfática o que possibilitou lacunas que, até então, podem ser supridas pelos juízes, a depender do entendimento feito por cada um, quanto a razoabilidade ou não da matéria.

REFERENCIAS

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 15 de maio de 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 12.010/09 de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em: 02 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 de maio 2017.

BRASIL, **Lei Federal nº 3.133/57. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm> Acesso em: 03 de junho de 2017

BRASIL. **Lei nº 12.010** de 03 de agosto 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso: em 03 de outubro 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.697** de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm> Acesso: em 07 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.655** de 02 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm> Acesso em: 15 de maio de 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão publicado na Apelação Cível nº 70013801592**, Sétima Câmara Cível. Relator: Luís Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006. Disponível em: <http://rij.tj.rs.gov.br/rij_site/docs/JURIS/ADO%C7%C3O-70013801592.HTM>. Acesso em: 17 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial Nº 889.852 RS (2006/0209137-4). **Voto do ministro relator Luis Felipe Salomão**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial Nº 889.852 RS (2006/0209137-4). **Voto do ministro Aldir Passarinho Junior**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017..

189 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial Nº 889.852 RS (2006/0209137-4). **Voto do ministro Honildo Amaral de Mello Castro**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial Nº 889.852 RS (2006/0209137-4). **Voto do ministro João Otávio de Noronha**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Edson Bini.3.ed. Bauru/ SP: Edipor, 2001.

CORNELIO, Laís do Amor. **Adoção**: o que mudou com a Lei 12.010/09. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,adocao-o-que-mudou-com-a-lei-1201009,29358.html>> Acesso em: 03 de outubro 2017.

CUNHA, Tainara Mendes. **A evolução histórica do instituto da adoção**. Disponível em<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-instituto-da-adocao,34641.html>> Acesso em: 12 de setembro 2017.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Um ano sem grandes sonhos**. Disponível em:<<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/imprimir/artigo-direito-das-familias-um-ano-sem-grandes-sonhos-por-maria-berenice-dias.html>> Acesso em: 09 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Famílias Homoafetivas**. Disponível em:<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf)>Acesso em: 25 de maio de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos**. In **Revista Brasileira de Direito**

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007

FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e Constituição Federal. **Revistas Bras.de Direito de Família**. Porto Alegre, n.15, v.4, out./dez., 2002.

GADOTTI, Moacir. **Perspectivas atuais da educação**: porto Alegre: Artes Médica Sul, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 5ª ed.São Paulo: Saraiva, 2008.

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

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCAMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Atual até a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Curitiba: MPSP, 2010.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 17 de maio de 2017.

LOREA, Roberto Arriada. *O amor de Pedro por João à luz do Direito de Família*: reflexões sobre o casamento gay. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano 7, n. 31, ago-set, 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2002

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio da afetividade*. In: DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Realismo Jurídico. R. CEJ, Brasília, n. 17, abr./jun. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. ***Direito Civil: Direito de Família***. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1990.