

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS  
HOMOAFETIVOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

ANA CAROLINA VIEIRA DE SOUZA COSTA

RIO DE JANEIRO

2008

ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS  
HOMOAFETIVOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio  
de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora:

Ms. Vera Maria Paes de Barros Smid

RIO DE JANEIRO

2008

---

Costa, Ana Carolina Vieira de Souza.

Adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos no sistema jurídico brasileiro / Ana Carolina Vieira de Souza Costa – 2008.

98 f.

Orientadora: Vera Maria Paes de Barros Smid

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Econômicas e Jurídicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 91-93

1. Adoção - Monografia. I. Smid, Vera Maria Paes de Barros. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III Título.

CDD 342.1633

---

ANA CAROLINA VIEIRA DE SOUZA COSTA

ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAS  
HOMOAFETIVOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio  
de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca examinadora:

---

Vera Maria Paes de Barros Smid – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Mestre da UFRJ

---

Nome completo do 2º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

---

Nome completo do 3º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

*Ao meu filho, Felipe,  
grande amor da minha vida.*

## *Agradecimentos*

*Inicialmente agradeço a Deus, por ter me  
dado forças para chegar até aqui.*

*Agradeço aos meus pais, Aída e Márcio, pelo  
amor e apoio incondicional em todos os momentos da  
minha vida.*

*Aos meus avós, maternos e paternos, em  
especial Vó Margarida, por tantos momentos de  
carinho, tantos conselhos e broncas nas horas  
merecidas.*

*Ao meu marido, Marco, pelo apoio, paciência,  
amor e proteção.*

*A minha orientadora querida, Vera, por ter  
cedido tanto da sua atenção, e por ter aceitado o  
desafio deste trabalho.*

*Ao Dr. Paulo, amigo das horas mais difíceis,  
pelo incentivo e apoio para continuar*

*Ao meu filho, Felipe, por ter me ausentado  
tanto tempo para a realização deste trabalho.*

“A adoção é mais do que uma questão jurídica, constitui-se em uma postura diante da vida, em uma opção, uma escolha, um ato de amor.”

Maria Regina Fay Azambuja

## RESUMO

Costa, A. C. V. de S. *A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos no sistema jurídico brasileiro*. 2008. 98 f., Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Este trabalho vislumbrou abordar as vertentes da problemática da adoção junto às famílias homossexuais. Discutiui-se conceitos desde a origem da adoção, a evolução legal até a concepção da possibilidade deste instituto se ver a ser aplicado às famílias homossexuais com apoio da doutrina especializada e moderna, artigos da imprensa, recentes jurisprudências e pareceres de antropólogos, sociólogos e psicólogos sobre o tema, objetivando-se a defender a adoção como direito fundamental de qualquer ser humano, inclusive baseando-se nos princípios da igualdade, liberdade e da não-discriminação. Desvendou-se tendências dos tribunais e sobretudo questionou-se posicionamentos ético, social e político destes entes na aplicação do caso concreto, colocando-se a necessidade da norma e do aplicador do direito adaptarem-se e interagirem com as mudanças da sociedade. Em nenhum momento pretendeu-se exaurir tal discussão, ao contrário Este trabalho visa estimular os questionamentos que envolvem a problemática. Reforçou-se a posição da família como sendo a base da sociedade sem desconsiderar as transformações sofridas ao longo do tempo e, mais do que isso, considerar que se precisa reconhecer a existência de novos arranjos familiares e assim os direitos dos homossexuais como legítimos detentores do direito à adoção. Ressalta-se a legitimidade destes com relação à formação da família e com esta a possibilidade do exercício desse direito.

Palavras-chave: Família; Adoção; Homossexualidade; Homoparentalidade; Direitos fundamentais.



## RÉSUMÉ

Costa, A. C. V. de S. *A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos no sistema jurídico brasileiro*. 2008. 98 f., Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Ce travail a aperçu aborder les sources de la problématique de l'adoption près des familles homosexuelles. Il s'est discuté des concepts depuis l'origine de l'adoption, l'évolution légale jusqu'à la conception de la possibilité de cet institut de se voir appliqué aux familles homosexuelles avec l'aide de la doctrine spécialisée et moderne, articles de la presse, récentes jurisprudences et avis d'anthropologues, de sociologues et de psychologues sur le sujet, en s'objectivant défendra l'adoption mange droit fondamental de tout être humain, de même en se basant en principes de l'égalité, liberté et de la non-discrimination. Il s'est démasqué des tendances des tribunaux et il s'est surtout interrogé des positionnements moral, social et politique de ces êtres en l'application du cas concret, en se plaçant la nécessité de la norme et de l'applicateur du droit de s'adapter et interagiront avec les changements de la société. Aucun moment s'est prétendu exaurir telle discussion, au contraire, ce travail vise à stimuler les questionnements qui impliquent la problématique. S'est renforcée la position de la famille comme en étant la base de la société sans déconsidérer les transformations souffertes au long du temps et, dont plus cela, considérera qu'il a besoin de reconnaître l'existence de nouvelles dispositions familiales et ainsi les droits des homosexuels comme de légitimes détenteurs du droit à l'adoption. Se rejaillit la légitimité de ceux-ci concernant formation de la famille et avec cette possibilité de l'exercice de ce droit.

Mots-clef: Famille; Adoption; Homosexualité; Homopaternité; Droit Fondamentale.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 DA SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS</b> .....	12
<b>3 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA</b> .....	16
<b>3.1 Famílias Alternativas e Famílias Homoafetivas</b> .....	20
3.1.1 <u>Da Parceria Civil entre Homossexuais</u> .....	24
<b>4 DA ADOÇÃO</b> .....	31
<b>4.1 Origem Histórica</b> .....	31
<b>4.2 Evolução Legal</b> ,.....	32
<b>4.3 Conceito e Efeitos</b> .....	36
<b>4.4 Da Adoção no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente;</b> .....	37
<b>4.5 Da Adoção e Da Homoafetividade</b> .....	55
4.5.1 <u>Aspectos Sociais, Políticos e Psicológicos</u> .....	62
<b>5 DIREITOS FUNDAMENTAIS X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: POSSÍVEL CONJUGÁLOS?</b> .....	71
<b>5.1 Melhor Interesse da Criança &amp; Direito à Igualdade</b> .....	75
<b>5.2 Melhor Interesse da Criança <i>versus</i> Direito à Igualdade</b> .....	78
<b>6 EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS</b> .....	83
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	88
<b>8 REFERÊNCIAS</b> .....	90
<b>9 ANEXO: PROJETO DE LEI N.º 1.151, DE 1995</b> .....	93

## INTRODUÇÃO

A sociedade moderna está cada vez mais diversificada. Este fato exige que o direito se adapte às novas realidades que surgem com o dia-a-dia. Enfim, com ou sem norma, os fatos acabam por se impor perante o Direito, e este tem que se adaptar àqueles.

A família é considerada o desenho mais puro e a base para qualquer sociedade, ainda que tenha sofrido deformações e influências causadas pelas diversas transformações sociais que se impuseram ao longo dos tempos.

Hodiernamente, o casamento não é mais pressuposto *sine qua non* para exercer a paternidade ou maternidade. Os avanços tecnológicos e as novas legislações colocam ao alcance de muitas pessoas este sonho.

Os homossexuais cada vez mais lutam pelo exercício de seus direitos de maneira plena, e uma das questões centrais é o direito ao exercício da parentalidade. É crescente o número de processos nos quais casais homossexuais figuram como adotantes. Fato este que é uma novidade para o judiciário brasileiro, porque, até então, os homossexuais apareciam individualmente, uma vez que a opção sexual não precisa ser revelada.

Entre os novos arranjos familiares, os lares homossexuais são os mais polêmicos. Muito embora a educação de crianças em lares homoafetivos não seja novidade, a sociedade ainda resiste em reconhecê-los como entidades familiares, suscitando sobre o assunto impossibilidade, inadequação e/ou impropriedade sob a alegação de suposta promiscuidade e instabilidade das relações homossexuais além de eventuais danos psicológicos aos adotados que este tipo de criação poderia ocasionar.

O cunho deste trabalho quer remeter à possibilidade destes parceiros em adotar crianças, mesmo porque o que realmente tem de ser levado em consideração é a conduta em relação à educação da criança. Evidenciam-se os motivos que levam à resistência legal, cultural e social, bem como considerar a chance dos casais homossexuais em oficializar a adoção de crianças.

Com o apoio da doutrina especializada, artigos da imprensa, recente jurisprudência e em pareceres de antropólogos, sociólogos e psicólogos sobre o tema, objetiva-se defender a adoção como direito fundamental de qualquer ser humano, inclusive baseando-se nos princípios da igualdade, liberdade e da não-discriminação.

No segundo capítulo, abordar-se-á o exercício da liberdade sexual à luz dos direitos humanos e fundamentais com base nos princípios consagrados pela Constituição Brasileira de 1988.

No terceiro capítulo, será abordada a evolução familiar até os tempos atuais, a diversidade de arranjos familiares, em especial a família homoafetiva, com uma abordagem acerca da possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

No quarto capítulo, será vista a evolução histórica do instituto da adoção, assim como seu conceito, aspectos gerais e efeitos sem olvidar da abordagem acerca possibilidade da adoção por casais homoafetivos e a aplicação das regras gerais a esses casos. Far-se-á a conjugação entre o Novo Código Civil/2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente na aplicação ao instituto da adoção. Serão levados em conta os aspectos sociais, políticos e psicológicos desses casos tão peculiares.

No quinto capítulo, será analisada a possibilidade de aplicação conjunta do princípio do melhor interesse da criança e do direito à igualdade aos casos de adoção por casais homossexuais, assim como a postura a ser tomada no caso de conflito entre este princípio e este direito.

No sexto capítulo, serão trazidas experiências do direito pátrio, a fim de melhor ilustrar como ocorrem esses casos tão peculiares na vida real.

Ressalte-se que o assunto não será tratado de forma exaustiva, e tampouco se ocupará de questionar ou explicar a opção sexual de cada um, mas tomará por base os aspectos mais relevantes que levam os casais homossexuais a procurarem este meio a fim de formar uma família.

## 2. Sexualidade e direitos humanos

O vocábulo *homossexual* tem origem etimológica grega, significando *homo* ou *homoe*, que exprime a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter. A prática acompanha a história da humanidade e sempre foi aceita, havendo somente restrições a sua externalidade, ao comportamento homossexual.<sup>1</sup>

O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto assegurar a dignidade humana, que *é a versão axiológica da natureza humana*<sup>2</sup>, conforme expressamente proclama o art. 1º, III da Constituição Republicana.

*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

(...)

III. a dignidade humana;

(...)

Esse compromisso, consagrado no preâmbulo da Carta Maior, serve de norte ao sistema jurídico nacional, assentando-se nos princípios da igualdade e da liberdade. Concede proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivos de origem, raça, sexo ou idade.

*Assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.*<sup>3</sup>

A fim de não pairar qualquer dúvida sobre a eleição da igualdade como um dos pilares da República Brasileira, a Lei Maior, em seu art. 5º, ao elencar os direitos e

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.86.

<sup>2</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003 p.418.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.46.

garantias fundamentais, proclama em seu *caput* que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*.

Garante o mesmo dispositivo, de modo expresso, o direito à igualdade e à liberdade de agir ao vedar, no inciso II, do mesmo dispositivo, que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

É imperioso que a sexualidade é um direito de primeira geração<sup>4</sup>, assim como a igualdade e a liberdade. Assim como todo o cidadão tem direito à sua liberdade individual, ele também tem direito a ser sexualmente livre. A liberdade sexual compreende não somente a liberdade de exercício da sexualidade como também a liberdade de orientação sexual.

Neste diapasão, assim como todos os direitos de primeira geração, o direito à liberdade de orientação sexual é inalienável e imprescritível.<sup>5</sup> É um direito natural inerente ao ser humano que o acompanha por toda sua vida, e integra a dignidade humana. “Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual”<sup>6</sup>, assim disserta Maria Berenice Dias. E completa: “todo o ser humano tem direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade.”<sup>7</sup>

Desta forma, em obediência ao princípio constitucional da igualdade, faz-se necessário que sejam respeitadas as escolhas de todos os cidadãos independentemente de sua opção sexual.

*El derecho a la libre determinación de cada uno es considerado hoy un derecho humano. La circunstancia de que no es*

---

<sup>4</sup> “Os direitos de primeira geração, direitos civis e políticos compreendem liberdades clássicas, negativas ou formais, que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais. São direitos que se identificam com liberdades positivas, reais ou concretas. Acentuam o princípio da igualdade. Finalmente, os direitos de terceira geração materializam os poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais. Consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de um essencial inexauribilidade.” STF – Pleno, MS nº22.164/ SP – Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>5</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, p.418.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.46.

<sup>7</sup> Loc cit.

*mencionado en el catálogo que contienen los tratados nacionales e internacionales sobre derechos humanos no significa que no exista. Así como existe un derecho a la libre determinación de los pueblos, existe un derecho a la libre determinación del individuo.*<sup>8</sup>

Os dispositivos da Carta Magna que proclamam o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que tange à inclinação sexual. O juiz da 10ª Vara Federal da Secção Judiciária do Rio Grande do Sul, Roger Raupp Rios, disserta: “A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual.”<sup>9</sup> Neste diapasão, a insistência do Estado em rejeitar a realidade fática, qual seja, da existência de relações entre pessoas do mesmo gênero, nada mais é do que ignorar o princípio insculpido no inciso IV, do art. 3º, da Constituição Republicana: *É dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo.*

Existe íntima relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a liberdade de orientação sexual, pois o respeito à personalidade de cada um é um dos pilares da nossa Constituição e de um Estado Democrático de Direito, pois há um compromisso muito maior do que a simples abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, há, também, a garantia da promoção positiva de suas liberdades.<sup>10</sup>

Vale dizer que as Organizações das Nações Unidas – ONU também têm entendido que qualquer interferência na vida privada dos homossexuais como ilegítima, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo princípio da não-discriminação, conforme reza o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>11</sup>: *ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família,*

<sup>8</sup> CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Derecho y homosexualismo en el derecho comparado In: Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas. Curitiba: Juruá. 2001, p. 24. *apud* Ibid, p.47.

<sup>9</sup> LASCH, Christopher. *Refúgio num mundo sem coração. A família: santuário ou instituição sitiada?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991 *apud* UZIEL, Anna Paula. *Homossexualidade e Adoção*, Rio de Janeiro: Garamod. 2007, p.38.

<sup>10</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*, *apud* Revista da AJURIS, nº88, - Tomo 1, Porto Alegre: dez/2002. p. 24, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>11</sup> Art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Disponível em: [http://www.dudh.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=49&Itemid=59](http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59). Acesso em 19 maio 2008.

*em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*

Assim como todos os segmentos sociais que são alvos de preconceito e discriminação, as relações homoafetivas sujeitam-se à deficiência de normatização jurídica, sendo deixados à margem da sociedade e à míngua do Direito.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*, Net, Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=26](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=26), Acesso em 09 abril 2008.



### 3. Evolução do conceito de família e a homoafetividade.

A família não é uma instituição estática e imutável. Ela sofre influência das transformações sociais que atingem sua estrutura e sua dinâmica. Nota-se que no último meado do século XX, novas composições familiares vêm surgindo em decorrência destas mudanças, composições estas que se afastam muito do casamento normativo, inspirado no Código Napoleônico de 1804.<sup>13</sup>

Desde a antiguidade, a homossexualidade é um fato social presente. Antes, incentivado, começou a encontrar resistência das religiões para sua aceitação. A Bíblia relata a passagem na qual Noé recebeu a ordem divina para recolher-se à arca junto com sua mulher e seus filhos, levando consigo um macho e uma fêmea de cada animal para garantir a perpetuação das espécies.<sup>14</sup>

Com a sacramentalização do casamento para fins de procriação, pelo Cristianismo, a homossexualidade passou a ser repudiada pela sociedade que à época tinha o Estado embebido por influências religiosas. Assim, homossexualidade passou a ser vista como doença mental, pecado, e, em algumas sociedades, até crime.

Exemplo encontra-se no fato de originalmente as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo serem denominadas de sodomia por uma alusão a cidade de Sodoma que era tomada pelo pecado e pela promiscuidade. Depois, surgiu o termo “homossexualismo”, que foi afastado por significar “desvio de preferência sexual”, que, na classificação internacional de doenças passou a denominar a patologia “transtorno da preferência sexual” – art. 302 do Código Internacional de Doenças - CID, sendo abolido em 1985. Na última revisão do Código em 1995, o sufixo “ismo”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “dade”, que significa modo de ser, assim surgiu a palavra *homossexualidade*.<sup>15</sup> Atualmente, a Organização Mundial de Saúde não admite mais a homossexualidade como patologia.

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.46.

<sup>14</sup> BÍBLIA SAGRADA. Genesis. Disponível em [www.bibliaonline.com.br](http://www.bibliaonline.com.br). Acesso em 05 de maio de 2008.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.89.

Marcado pela indissolubilidade do casamento, a família normatizada tinha um perfil conservador, patriarcal, patrimonializado, hierarquizado e heterossexual. Com a evolução dos tempos e a separação da Igreja do Estado, a família passou a ser identificada através dos laços afetivos que unem as pessoas que a elas pertencem. Aliado à laicidade estatal, a sociedade assistiu a uma revolução no campo sociocultural e econômico: o movimento feminista. A mulher, que antes exercia o desempenho doméstico como esposa, amante, parceira, mãe e administradora do lar, começou a brigar por espaço e realização no mercado de trabalho. A disseminação dos métodos contraceptivos e a quebra da tradicional divisão de tarefas ocasionada pela entrada da mulher no mercado fizeram com que homens e mulheres se assemelhassem cada vez mais em suas tarefas familiares quotidianas. Isso ocorre não só em função da emancipação feminina, mas também em razão das dificuldades financeiras dos novos tempos, que tornam imprescindível a participação da mulher no sustento do lar.<sup>16</sup>

*À medida que a sociedade passa a adotar o mesmo modelo comportamental para os dois sexos, a rigidez na distribuição dos papéis sociais é atenuada, havendo um intercâmbio entre os papéis femininos e masculinos. Em função desse novo quadro social, o comportamento entre homens e mulheres se aproxima cada vez mais e a diferença entre eles fica reduzida, a grosso modo, à sua conformação biológica.<sup>17</sup>*

As liberdades de informação e de comportamento quebraram a idéia do casamento como reduto para a prática sexual, e permitiram o sexo antes e fora do casamento desvinculado do objetivo de procriar. Passando-se, assim, a admitir o exercício da sexualidade na busca do prazer.

O desenvolvimento cada vez maior da engenharia genética faz com que não seja necessária a prática sexual com um indivíduo do gênero oposto para a concepção de um filho. Hoje, as barrigas de aluguel e os bancos de sêmen aliados à técnica dos

---

<sup>16</sup> A tradicional distribuição de papéis de gênero é mais acentuada nas classes sociais menos favorecidas. Pais e maridos costumam a valer-se da voz da autoridade para exercerem seu papel. JABLONSKI, Bernardo. *Identidade masculina e o exercício da paternidade: de onde viemos para onde vamos*. Net. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em 04 de maio de 2008.

<sup>17</sup> RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal*. Brasília. dez/1998. nº 6, p.29. *apud* DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.47.

bebês de proveta tornam o sonho da maternidade ou paternidade mais próximo para aqueles que não se encaixam no modelo da família tradicional.

*Nossa cultura procriadora ancora-se em dois pilares: a liberdade de procriar pelas vias naturais e a identificação das categorias de genitor e de pai/mãe. A substituição do ato sexual pela tecnologia ou pelo Direito e a verdade biológica que se instaura como tal identificação traçam o destino dessas formas de paternalidade e filiação que escapam ao natural.<sup>18</sup>*

Outro grande passo dado com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, em resposta aos reclamos sociais, foi o rompimento do monopólio jurídico da família “legítima”, isto é, aquela constituída pelo matrimônio, reconhecendo como entidades familiares novos arranjos: a união estável e a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e seus descendentes. Assim, ponto central da família deixou de ser a procriação passando à afetividade, assistência mútua e a vida em comum.

Ressalte-se que a Constituição se refere à união estável entre homem e mulher, o que exclui, pela interpretação literal defendida por parte da doutrina, o reconhecimento jurídico da união de indivíduos do mesmo sexo como entidade familiar.

Para Pierre Bourdieu, sociólogo francês,

*A família é o conjunto de indivíduos aparentemente ligados entre si, seja pela aliança (casamento), seja pela filiação (parentesco biológico), mais excepcionalmente pela adoção (parentesco civil) e vivendo sobre o mesmo teto (coabitação).<sup>19</sup>*

Na visão de Maria Berenice Dias, a presença do vínculo afetivo entre os membros que compõe a família é o bastante para que se reconheça uma entidade familiar, uma vez que no compartilhamento de planos e vidas através do amor e da cumplicidade é que se reconhece o campo de atuação do Direito de Família: “leva ao

<sup>18</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Op. cit.*, p. 24, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.47.

<sup>19</sup> BOUDIEU, Pierre. À propôs de La famille comme catégorie réalisée. *Actes de La Recherche em Sciences Sociales*, nº 100, décembre, 1993, p 32-36, *apud* UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.20.

surgimento de encargos e obrigações, além de conceder direitos e prerrogativas a quem passa a compartilhar uma vida afetiva”<sup>20</sup>, discorre a Desembargadora.

Visando à revalorização das experiências afetivo-sexuais e subtração do teor sexual dos vínculos interpessoais e a pejoratividade do termo *homoerotismo* que vinha sendo utilizado por muitos juristas, Maria Berenice Dias criou o neologismo *homoafetividade*. Este termo desloca a tônica dos relacionamentos do sexo para a afetividade.<sup>21</sup> Desta forma, passa-se a utilizar também este termo para identificar os casais de pessoas do mesmo sexo.

Contudo, ainda há doutrinadores que resistem em identificar uma entidade familiar nas relações homossexuais duradouras. Sobre esse ponto posiciona-se Selma Drummond Carvalho:

*Com efeito, a Constituição Federal/88 não reprimiu o homossexualismo, tanto assim que vedou a discriminação de cunho sexual. Assim também fez a lei ordinária.*

*Entretanto, não erigiu à condição de família a união daquela espécie. Forçosamente por duas razões: porque o legislador entendeu desnecessária a criação de regras protetivas na hipótese de igualdades entre as partes e de falta do nascimento de filhos decorrentes dessas relações.*

*Se afetivamente as partes se consideram como família, nada a impede nem permite à lei a discriminação. Entretanto, esse fato não converte essa união em entidade familiar em face da posição adotada pelo legislador.*<sup>22</sup>

A Constituição, ao proclamar a proteção à família independente da celebração do casamento, redefiniu a família alargando seu conceito e albergando vínculos afetivos outros. Contudo, a união estável heteroafetiva mencionada pelo dispositivo constitucional serve meramente como exemplo, assim como o faz com a família monoparental. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, “o caput do art. 226 é cláusula geral de

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.40.

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, documento eletrônico, v. nota 12.

<sup>22</sup>CARVALHO, Selma Drummond. Casais Homossexuais. Questões polêmicas em matérias civis, previdenciárias e constitucionais In: *Consullex*, ano V, nº 47, novembro de 2000, p. 27 *apud* UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.125.

inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.”<sup>23</sup>

“As leis sobre filiação são uma construção social e uma forma de fazer a sociedade aderir a princípios ordenadores que contemplem a diversidade humana, valorizando modelos que dêem vez ao afetivo.”<sup>24</sup> Esta visão explica o aparecimento de diversas entidades familiares que não se identificam mais com o modelo oficializado e sacralizado pela Igreja.

O Estado Democrático de Direito, ao eleger como cláusulas pétreas o respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e a não-discriminação, dentre outras, não deve subtrair-se o Estado de reconhecer o status de família nas relações extrapatrimoniais que contenham os requisitos: afetividade, assistência, mútua e a vida em comum. Aos juristas resta a responsabilidade de apreender com a realidade que se apresenta, levando em consideração o fato de que a família hoje se apresenta sob diversas composições, unida pelo amor e em busca da realização plena de seus membros.

### **3.1 Famílias alternativas e famílias homoafetivas.**

Com a promulgação da Lei do Divórcio e a fragilização do casamento após Constituição Federal de 1988, houve uma evolução do modelo jurídico do Direito Familiar Brasileiro, que antes era tida como família “legítima” somente aquela constituída pelo casamento. Apesar dessa inovação, a realidade apresenta-se muito mais diversificada do que aquela codificada.

Os casamentos arranjados e a vontade dos pais tornam-se cada vez mais inócuos nos tempos modernos, cedendo lugar à liberdade de escolha e o exercício da afetividade como pontos fundamentais para a constituição dos novos núcleos familiares. Fato este que leva a uma grande mobilidade social na constituição e

---

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, documento eletrônico, v. nota 12.

<sup>24</sup> CADORET, Anne, *Homosexualité et Filiation*, La Magazine, Le troisième sexe. Paris Édition du treze mars, printemps, mars 1999, pp15-21, *apud* UZIEL, Anna Paula, *op. cit.*, p.27.

dissolução destas entidades, tornando o modelo familiar sacralizado cada vez mais distante da realidade social dada à diversidade de arranjos existentes.

Paulo Luiz Netto Lôbo elenca alguns exemplos arranjos de vivência familiar existentes atualmente no país:<sup>25</sup>

- a. casal heterossexual, sob o regime do casamento, com filhos biológicos;
- b. casal heterossexual, sob o regime do casamento, com filhos biológicos e adotivos, ou tão somente adotivos, em que sobrelevam os laços da afetividade;
- c. casal heterossexual, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d. casal heterossexual, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos, ou tão somente adotivos (união estável);
- e. pai ou mãe e filhos biológicos (família monoparental);
- f. pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos, ou tão somente adotivos (família monoparental);
- g. união de parentes pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como por exemplo um grupo de irmãos que vivam juntos após o falecimento ou abandono dos pais;
- h. pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e assistência mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i. uniões homossexuais em caráter afetivo e sexual (famílias homoafetivas);
- j. uniões concubinárias, quando houver impedimento de casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;
- k. comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo a tradução brasileira, sem laços de filiação natural ou adotivo regular

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, documento eletrônico, v. nota 12.

As mudanças nos papéis de gênero repercutem nas relações interpessoais, bem como favorecem o reconhecimento social das famílias alternativas<sup>26</sup>, em especial aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo, como bem ressalta Ana Paula Ariston Barion Peres.<sup>27</sup> A problemática complica na medida em que se insere a questão de filiação. Essas crianças tanto podem ser filhos biológicos quanto adotivos. Os filhos biológicos podem ser frutos de relações heterossexuais anteriores ou provenientes de técnicas de reprodução assistida.

Quando a questão é a adoção, a sociedade questiona se esses casais, em virtude de sua opção sexual, têm condições de educar essas crianças ou se elas estariam mais bem amparadas por entidades governamentais.

Uma das questões mais suscitadas, no caso dos casais gays compostos por homens, é acerca da capacidade dos pais na educação das crianças. Cabe neste ponto fazermos um retorno no tempo.

No passado, quem era responsável pela educação dos filhos era o pai, porque até o séc. XVIII a maioria dos pais trabalhava em casa. Como bem relembra o psicólogo Bernardo Jablonski, foi a Revolução Industrial que removeu os pais de casa e promoveu a feminilização da vida doméstica e criou o ideário do ‘ser pai é uma coisa, participar em casa é outra (...)’.<sup>28</sup> Hoje, com a revolução feminina, busca-se a retomada da participação da figura paterna na criação e educação dos filhos. Esse resgate da participação paterna, propicia uma maior aceitação das famílias alternativas, principalmente aquelas formadas por gays, pois lança por terra a idéia que a sociedade tem de que somente as mulheres têm condições de cuidar dos filhos. Tal mudança vem o que permitindo os homens exercerem habilmente as ditas “funções maternas”.

Afinal, cabe lembrar que existem famílias monoparentais constituídas pela figura pai e seus filhos, nas quais o pai sozinho desempenha todas as tarefas cotidianas sem a figura da mãe. Essa versão paterna é tão bem aceita pela sociedade

---

<sup>26</sup> Entende-se por família alternativa aquela família que não é a biológica. O que agrega os integrantes de uma família alternativa não são os laços sanguíneos, mas sim a afetividade existente entre eles.

<sup>27</sup> Peres, Ana Paula A. Barion. *A Adoção por Homossexuais – Fronteiras da Família Pós-modernidade*, Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p.23.

<sup>28</sup> JABLONSKI, Bernardo. *Op. cit.*

que estes pais são carinhosamente chamados de “pães”, um neologismo criado a partir da fusão das palavras “pai” e “mãe”, cujas “funções” são exercidas pela mesma pessoa.

Vale lembrar o premiado filme *Kramer versus Kramer*, do roteirista Robert Benton, no qual Meryl Streep e Dustin Hoffman interpretam um casal que trava uma batalha judicial pela guarda de seu filho. O filme também mostra a capacidade dos homens em exercer funções ditas maternas, quando à frente de uma família monoparental, e questiona veracidade da idéia difundida na mente da sociedade acerca da prevalência da capacidade feminina sobre a masculina no que tange à criação da prole.<sup>29</sup>

Ana Paula Peres elenca algumas funções da família, que foram apuradas por diversos estudos:<sup>30</sup>

- a. Procriar, canalizar e disciplinar a sexualidade, de modo a assegurar a manutenção da espécie;
- b. Adquirir recursos necessários a prover as necessidades naturais de seus integrantes assim como seu bem-estar físico e psíquico;
- c. Prover segurança afetiva e emocional;
- d. Desenvolver a personalidade da criança, introduzindo-a nos papéis, nas instituições e nos costumes sociais, proporcionando uma primeira forma de socialização;
- e. Transmitir cultura, valores simbólicos e memória fundadora, assim, como ritos, costumes e tradições do grupo;
- f. Disciplinar, reprimir instintos, preparar para a vida adulta, contribuindo para a formação da cidadania e da civilidade;

---

<sup>29</sup> *Kramer versus Kramer*, roteiro e direção de Robert Benton, 1980.

Para Ted Kramer, o trabalho vem antes da família e Joanna, sua mulher, descontente com a situação, sai de casa, deixando Billy, o filho do casal, com o pai. Ted então tem que se preocupar com o menino, dividindo-se entre o trabalho, o cuidado com o filho e as tarefas domésticas. Quando consegue se ajustar a estas novas responsabilidades, Joanna reaparece exigindo a guarda da criança. Ted porém se recusa e os dois vão para o tribunal lutar pela custódia de Billy.

<sup>30</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p. 29.



Como devidamente ressalta Ana Paula Peres,

*À vista dessas funções e afastada a função procriadora, que é claramente uma função agregadora, no sentido de que vem se somar às demais, cuja ausência nada diminui o conceito de família, resta-nos questionar se crescer numa família homossexual repercute na sexualidade da criança e pode lhe causar prejuízos psicológicos.<sup>31</sup>*

E, conclui: “se essa assertiva fosse por si só verdadeira e a questão fosse tão simples, não haveria filhos homossexuais em lares heterossexuais.”<sup>32</sup>

Não há como se negar que essas crianças enfrentarão um destino difícil no que concerne a sua aceitação e de sua família junto à sociedade, contudo, isso não basta para justificar uma vedação de casais homoafetivos ao exercício da parentalidade, uma vez que eles devem ser aceitos como são e com a plenitude de seus direitos.

### **3.1.1 Parceria civil entre homossexuais**

“União sexual que jamais ensejará a configuração do companheirismo é a relação mantida entre pessoas do mesmo sexo, ainda que duradoura, contínua, única e informal.”<sup>33</sup> Com essas ríspidas palavras Guilherme Calmon Nogueira da Gama, toca nessa questão tão polêmica.

De forma cômoda, a grande parte do Judiciário, busca identificar as uniões homoafetivas como uma sociedade de fato, aplicando-lhes o Direito Obrigacional. A insistência de muitos juízes em não ver essas “sociedades de fato” como sociedades de afeto, impede a aplicação do Direito de Família nesses casos, e veda a concessão de direitos inerentes às entidades familiares, tais como, direito à meação, à herança, ao usufruto, à habitação, direitos previdenciários e sucessórios.

---

<sup>31</sup> *Ibid*, p.30.

<sup>32</sup> Loc. cit..

<sup>33</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*, 2ª ed., São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2001. *apud* VENOSA, Sílvio Salvo. *Op. cit*, p.440.

De forma corajosa, a Justiça do Rio Grande do Sul, com sensibilidade e coragem, vem enfrentando o preconceito da sociedade de forma a proporcionar uma vida mais digna a esses esquecidos pelo Estado.

O primeiro passo foi declarar de competência das Varas e Câmaras de Família, aos processos que versassem sobre uniões homoafetivas. Maria Berenice Dias destaca “que nessa seara atuam magistrados com perfil muito mais sensível à realidade social e atentos aos condicionamentos culturais.”<sup>34</sup>

A fim de ilustrar essa tendência dos Tribunais, traz-se um acórdão proferido em Apelação Cível de nº 70012836755, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS, em 21/12/2005, reconhecendo a união estável de um casal homoafetivo:

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.** É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. **A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.** Negado provimento ao apelo.<sup>35</sup> (grifo nosso)

Esse mesmo entendimento fundamenta o acórdão de Apelação Civil nº 70009550070, igualmente julgado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 17/11/2004:

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.** É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos

<sup>34</sup> Apelação Cível nº7000388982, julgada pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator José Carlos Teixeira Giorgis.

<sup>35</sup> Íntegra do acórdão disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br) e [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br). Acesso em 04 maio 2008.

séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. **A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC).** Negado provimento ao apelo.<sup>36</sup> (grifo nosso)

No âmbito dos direitos sucessórios a justiça gaúcha não tem se evadido de reconhecer os direitos dos companheiros:

**EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70003967676 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA.** Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. **O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.** Embargos infringentes acolhidos, por maioria.<sup>37</sup> (grifo nosso)

Também é da justiça gaúcha, na órbita da Justiça Federal, o pioneirismo na concessão de benefícios previdenciários aos parceiros homossexuais. Ilustra esse entendimento o acórdão proferido em Apelação Cível no processo de nº **2001.71.00.018298-6**, que data de 04/12/2007. Essa decisão de abrangência geral veio a beneficiar todos os casos semelhantes em âmbito nacional.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Loc. cit..

<sup>37</sup> Íntegra do acórdão disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br) e [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br) Acesso em 04 maio 2008.

<sup>38</sup> Sentenças dos processos nº 96.0002030-2 e 96.0002364-6. Íntegra das sentenças disponíveis em: [www.jf.rs.gov.br](http://www.jf.rs.gov.br). Acesso em 04 maio 2008

**PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SENTENÇA DECLARATÓRIA JUSTIÇA ESTADUAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5º E 226, § 3º. LEI 8.213/91, ARTS. 16, I, E 74. LICC, ARTS. 4º e 5º.**

1. A existência de duas sentenças antecedentes, uma proferida por Juiz Estadual e outra por Juiz Federal, amparadas por início suficiente de provas que confirmam o relacionamento entre os companheiros, torna desnecessária a produção de outras provas, permitindo o exame do mérito da pretensão.

2. A Constituição Federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º), porém, como o Direito é essencialmente dinâmico, deve acompanhar a evolução da própria sociedade, à qual dirigido.

3. **Caracterizados relacionamentos entre homossexuais, resultando na chamada união homoafetiva, com intuito de constituição de família, evidenciam-se fatos que geram conseqüências jurídicas, uma vez que a Constituição Federal direciona que todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput), cabendo a adequação da situação fática perante o Direito, mediante a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais (art. 4º, LICC).**

4. A existência de duas sentenças antecedentes, uma proferida por Juiz Estadual, reconhecendo o que chama de "união estável" entre os companheiros do mesmo sexo, amparada em início de prova material, e outra, proferida por Juiz Federal, reconhecendo que, apesar de não ser possível a união estável entre os companheiros do mesmo sexo, faz-se presente a vida em comum, coabitação, laços afetivos e divisão de despesas para efeito de dependência no plano de saúde, deixam evidenciado que, efetivamente, existia a união homoafetiva, com objetivo de constituição de família, cuja concepção modernamente deve ser adequada à realidade, observando-se que na aplicação da lei deverá prevalecer os fins sociais a que ela se dirige (art. 5º, LICC).

5. **Segundo previsto na Lei n.º 8.213/91, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer (art. 74), sendo beneficiários, na condição de dependentes do segurado, a companheira e o companheiro (art. 16), sem a distinção de que devam ser de sexos opostos.**

6. Apesar de não se tratar de união estável, como assim delinea a Constituição Federal, e independente do nome que a qualifique, ficou seguramente confirmada a união entre os companheiros de mesmo sexo, por mais de dez anos, com publicidade do relacionamento e evidenciado intuito familiar, caracterizada a dependência econômica que, aliás, é presumida entre companheiros (art. 16, § 4º, Lei 8.213/91), pelo que restam atendidos os requisitos legais para o reconhecimento do direito à pensão por morte.

7. Afastada questão de ordem e negado provimento à apelação do

INSS e à remessa oficial, tendo sido determinada a juntada de notas taquigráficas.<sup>39</sup> (grifo nosso)

Há de se reconhecer, também, o esforço de alguns legisladores como Marta Suplicy e Carlos Fiuza na tentativa de aprovar leis e emendas constitucionais que possibilitem um tratamento mais igualitário da sociedade.

Tramita do Congresso, a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº139/95, de autoria de Marta Suplicy, que à época era deputada federal. Essa proposta visa alterar os arts. 3º e 7º da Constituição Republicana Brasileira, a fim de proibir a discriminação por motivo de orientação sexual.

Igualmente de Marta Suplicy, tramita o Projeto de Lei nº 1.151/95<sup>40</sup>, que trata da regulamentação das relações extrapatrimoniais dos homossexuais, teve trocado o nome de união civil para parceria civil registrada, para não haver possibilidade de ser confundida com casamento.

Esse projeto não visa igualar a união entre pessoas do mesmo sexo ao casamento, mas busca tão-só autorizar a elaboração de um contrato escrito, com a possibilidade de ser registrado em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, concedendo amparo às pessoas que firmam essa parceria civil, priorizando a garantia dos direitos de cidadania.<sup>41</sup>

A parceria civil poderá pactuar deveres, impedimento e obrigações. Além de conter disposições de caráter patrimonial. Protege o direito de propriedade e os direitos sucessórios, de usufruto, benefícios previdenciários, direitos de curatela, impenhorabilidade da residência. Direito à nacionalidade no caso de estrangeiros, possibilidade de declaração de imposto de renda conjuntamente e composição de renda para a compra ou locação de imóvel.<sup>42</sup>

Ainda que não se presuma a existência de uma relação afetiva entre os parceiros, somente podem firmar a parceria pessoas desimpedidas de casar (pessoas

---

<sup>39</sup> Íntegra do acórdão disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br) e [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br) Acesso em 04 maio 2008.

<sup>40</sup> A íntegra do Projeto de Lei nº 1.151/95 encontra-se no Anexo I deste trabalho. Texto disponível também em: [http://www.arco-iris.org.br/\\_prt/leis/c\\_leis\\_1151.htm](http://www.arco-iris.org.br/_prt/leis/c_leis_1151.htm). Acesso em 20 maio 2008.

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.94.

<sup>42</sup> Loc. cit.

solteiras, viúvas e divorciadas). O Projeto também veda a alteração do estado civil durante a vigência do contrato.<sup>43</sup>

Na visão de Maria Berenice Dias, ainda que a parceria civil registrada tenha semelhança com o pacto antenupcial, aquele é mais vantajoso.<sup>44</sup> “Os nubentes podem deliberar não somente quanto ao regime de bens, sendo ampla a liberdade dos parceiros para estabelecer deveres e impedimentos de caráter pessoal.”<sup>45</sup> Vale lembrar que a violação dos deveres dispostos no contrato dará ensejo ao rompimento do contrato (inciso I, do art. 5º do Projeto de Lei 1.151/95), o que não existe no casamento.

Nitidamente o projeto de Emenda Constitucional protege as relações homoafetivas, criando vínculo jurídico gerador de direitos pessoais patrimoniais.

O substitutivo estabelece o prazo mínimo de dois anos para a extinção da parceria por motivo de desinteresse dos contratantes. Mas, ainda, não autoriza a adoção do sobrenome do parceiro e a constituição de família. Neste último aspecto, violando o artigo 16, inciso I da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

*Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.*<sup>46</sup>

Há, também, um Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Carlos Fiuza, a fim de retocar o novo Código Civil e reconhecer as uniões de pessoas o mesmo sexo como uniões estáveis, e, desta forma, possibilitar o acesso destes pares homoafetivos a toda a matéria de que rege as sociedades de afeto. Sugere o Projeto que seja acrescentado ao art. 1.727, o 1.727-A com a seguinte redação: *As disposições contidas nos artigos anteriores (artigos 1.723 a 1.727 - dispositivos que regulamentam a união estável) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que*

---

<sup>43</sup>Ao vetar que os parceiros se casem, gera um novo impedimento matrimonial não contemplado no art. 523 do novo Código Civil.

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.95.

<sup>45</sup> Loc. cit.

<sup>46</sup> Loc. cit.

*vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes.*

Silvio Salvo Venosa conclui:

*Enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato.<sup>47</sup>*

Traz-se aqui o protesto da desembargadora Maria Berenice Dias por ser próprio e irretocável:

*A dificuldade do legislador de regulamentar situações que não gozam de plena aceitação social muitas vezes se prende ao receio de desagradar seu eleitorado. Tal omissão acaba se transformando em cruel tentativa de eliminar situações que uma minoria, levada pela indiferença ou pelo fanatismo, não quer ver ou insiste em rejeitar. O resultado não pode ser mais nefasto. Essa postura configura verdadeiro abuso de poder de legislar. De outro lado, a inexistência de legislação desencoraja os julgadores a reconhecer conformações sociais que reclamam por proteção jurídica. Desse modo, quer o silêncio da lei, quer o medo do Judiciário fazem uma legião de marginalizados, oprimidos e desvalidos. São excluídos do referendo legal e da proteção judicial pelo simples fato de não viverem relações não aceitas por alguns como 'certas' e 'legítimas'.<sup>48</sup>*

#### **4. Da adoção**

---

<sup>47</sup> VENOSA, Sílvio Salvo. *Op. cit.*, p.441.

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.68.

## 4.1 Origem histórica

A necessidade de dar continuidade ao culto aos deuses familiares e à própria linhagem familiar levou as civilizações antigas a criar situações jurídicas especiais destinadas a assegurar essa continuidade. Um dos mais difundidos foi a *adoção* que funcionava como um *fictio iuri*, pela qual “uma pessoa recebia na família um estranho na qualidade de filho.”<sup>49</sup>

Silvio Rodrigues disserta:

*Assim, a mesma religião que obrigava o homem a casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns; a mesma religião que impunha o divórcio em caso de esterilidade e que substituía o marido impotente no leito conjugal, por um parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio da adoção, um último recurso para evitar a desgraça representada pela morte sem descendentes.*<sup>50</sup>

Esse instituto foi largamente adotado pelas civilizações, tendo freqüente uso na Grécia, devido a sua relevante função político-social.<sup>51</sup> Contudo, foi no Direito Romano onde encontrou disciplina sistemática e ordenamento.<sup>52</sup>

Caio Mário discorre que o Direito Romano conheceu três tipos de adoção: a) como ato de última vontade – *adoption per testamentum* – destinava-se a produzir efeitos *post mortem* do testador, condicionada, todavia, à confirmação da cúria (*oblatio curiae*). Ato complexo e solene, não se utilizava com freqüência, embora tenha sido empregado em condições de profunda repercussão política, como se deu à

<sup>49</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. §71 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, 15. ed. rev. e atual., por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 387.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito de Família*, 28. ed. ver. e atual. , por Francisco José Cahali, Rio de Janeiro: Saraiva. 2004, p. 336.

<sup>51</sup> BEAUCHET, Ludovic. *Histoire du Droit Privée de la Republique Athénienne*, vol. II, p. 5 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit*, p. 387.

<sup>52</sup> COULANGES, Fustel de. *La Cité Antique*, p. 55 apud Loc. cit.



adoção de Otávio Augusto, que mais tarde seria Imperador de Roma, efetuada por Júlio César; b) a adoção diretamente realizada entre os interessados com a denominação especial de *ad rogatio*, pela qual o adotado capaz (*sui iuris*) de desligava de sua família e se tornava um herdeiro do culto (*heres sacrorum*) do adotante. Este ato fundava-se na dupla emissão volitiva, do adotante e do adotado, e se completava pela formalidade de aprovação na abertura dos comícios; c) A entrega de um incapaz (*alieni iuris*) em adoção – *datio in adoptionem* – em virtude da qual o adotante o recebia por vontade própria e anuência do representante do adotado, iniciando-o desde cedo nas práticas do culto doméstico, efetuava-se mediante a emancipação que por três vezes o pai lhe concedia em presença do adotante, que simultaneamente o recebia *in potestate*. A princípio somente o *pater familias* o podia de adotar.<sup>53</sup>

Contudo, à medida que o fundamento religioso se enfraquecia, esta exclusividade foi quebrada, e no século VI, o direito justiniano permitiu às mulheres que houvessem perdido os filhos adotarem, como uma forma de minimizar sua dor – *ad solatium liberorum amissorum* (Justiniano, Institutas, Liv. I. Tít. XI, § 10 – *feminae quoque adoptare non possunt, quia, nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia Principis, ad solatium liberorum amissorum, adoptare possunt*).<sup>54</sup>

Com a invasão de Roma pelos povos bárbaros, a adoção deixou de ser praticada, sendo represtigiada somente quando do direito moderno e a promulgação do Código Civil de 1916.

## 4.2 Evolução legal

---

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 388.

<sup>54</sup> *Loc. cit.*

No Brasil, a adoção data do nosso Direito pré-codificado, quando no Império vigoravam as Ordenações Portuguesas<sup>55</sup>, sendo objeto nos Liv II, Tít. 35, §12; Livro II, Tít. 56, pr.; Livro III, Tít. 9, §2º; Livro III, Tít. 85, §2º.<sup>56</sup>

Antes do Código de 1916, o instituto não vinha sistematizado, havendo, entretanto, numerosas referências à adoção, que era permitida. Assim, o Código Civil de 1916, trazendo para seu texto o que colheu das legislações alienígenas, pela primeira vez disciplinou ordenadamente o instituto.<sup>57</sup>

A princípio o Código de 1916 deu início a uma relação jurídica de parentesco meramente civil entre adotante e adotado, com a finalidade de proporcionar filiação a quem não tivesse filhos sanguíneos. Inicialmente estabeleceu a idade mínima de 50 anos e a ausência de filiação legítima ou legitimada, para a concessão da adoção. Contudo, a Lei nº 3.133 de 1957 dispensou esses requisitos. À época, o legislador entendia que, ao atingir essa idade, o casal já não viesse a ter filhos.<sup>58</sup>

O Código Civil de 1916 disciplinou nos artigos de 368 a 378 a adoção simples, isto é, a adoção na qual não se rompe os laços com a família biológica, assim, permanecia os direitos e deveres que resultam do parentesco natural, exceto o pátrio poder. Pela adoção simples, criava-se um parentesco civil apenas entre o adotante e o adotado, não se apagando jamais os indícios de como esse parentesco se constituía. A adoção simples era revogável pela vontade das partes.

A adoção plena, aquela que vigia no Direito Romano, opera a passagem do adotado à família do adotante, já que o adotado ganha uma nova família rompendo laços com a família biológica. Este tipo de adoção apaga todos os sinais do parentesco natural do adotado. Seu assento de nascimento era alterado os nomes dos progenitores e dos avós, de modo que, para o mundo, aquele parentesco passava a ser o único existente.

---

<sup>55</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.71.

<sup>56</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 388.

<sup>57</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 336.

<sup>58</sup> Loc. cit.

A Lei 3.133/1957 veio instituir profundas mudanças no instituto, permitindo que pessoas de 30 anos, que tivessem ou não filiação sangüínea pudessem adotar. Destaca Silvio Rodrigues, que neste ponto o legislador não visava mais “remediar a esterilidade, mas sim facilitar as adoções, possibilitando que um número maior de pessoas, sendo adotado, experimentasse a melhoria em sua condição (...).”<sup>59</sup>

Apesar das mudanças trazidas ao sistema pela Lei de 3.133/1957, a prole adotiva ainda se matinha excluída na sucessão hereditária. Conforme, nova redação dada ao art. 377 do Código de 1916: *quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.*

Quanto aos direitos sucessórios, no regime de 1916, se o adotado concorresse com prole legítima superveniente à adoção, poderia tocar somente metade da parte da legítima cabível a cada um deles, conforme dispõe o art. 1605, § 2º do Código de Civil de 1916: *ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção, tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.*

No Código de 1916, a adoção cessava: a) pela resilição unilateral por parte do adotado, em se tratando de maior de 18 anos; ou b) pela resolução bilateral, a qualquer tempo, sendo o adotado capaz; c) revogação judicial, nos casos em que era admitida a deserdação, isto é, se o adotado praticasse qualquer ato que a justifique; d) morte do adotante ou do adotado. Outra modificação foi trazida pela Lei 4.655 de 1965 foi a criação da legitimação adotiva. Assim, estabelecia-se um liame de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre o adotante e o adotado, igual àquele que liga o pai ao seu filho biológico.<sup>60</sup>

Posteriormente foi promulgada a Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965, que veio disciplinar a chamada “legitimação adotiva”. Essa nomenclatura recebeu diversas críticas “uma vez que a legitimidade é o *status* do filho concebido na constância do casamento, sem o recurso a qualquer ficção jurídica.”<sup>61</sup> De qualquer forma, foi uma

---

<sup>59</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 337

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*, p. 398.

<sup>61</sup> VENOSA, Sílvio Salvo. *Op. cit.*, p.317.

inovação marcante no ordenamento jurídico brasileiro, pois estabelecia um forte vínculo entre o adotante e o adotado, desligando-o da família biológica.

O Código de Menores, Lei nº 6.697 de 1979, que revogou expressamente a legislação anterior e substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, disciplinando-a nos seus arts. 29 a 37, com características muito semelhantes à legitimação. Na sistemática do Código de Menores, a adoção tinha caráter assistencialista, destinando-se ao menor em situação irregular.<sup>62</sup> O Código de Menores dava ênfase à proteção jurídica do menor e negligenciava a proteção social, internacionalmente reconhecida. O Código, por sua vez, foi expressamente ab-rogado pela Lei nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – E.C.A.

A doutrina sustenta que o Estatuto é a proteção ampla e integral de todas as crianças e adolescentes sob o fundamento de sua condição peculiar por serem pessoas em desenvolvimento.<sup>63</sup>

Contudo o divisor de águas foi a promulgação da Constituição Republicana de 1988, que em seu art. 227, §§ 5º e 6º, dispõe o seguinte:

*§ 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.*

Tal regra foi repetida no art. 20 do estatuto, que dispõe: *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.*

Sobre estes dispositivos, fazem-se as seguintes considerações: primeiramente, a Constituição retira caráter privado e contratual do instituto da adoção e alocando-o como um instituto de direito público, sobre o qual será o legislador ordinário é quem estabelecerá as regras de caráter impositivo. O parágrafo 6º lança por terra décadas de

<sup>62</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro: Renovar. 1997, p 115-116 *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.73.

<sup>63</sup> UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.42.

discriminação sofrida pela prole adotiva, ao equiparar esta à prole biológica, em todos os seus direitos, prerrogativas e deveres.<sup>64</sup>

Tal como ocorria no Direito Romano, a adoção na vigência do Código Civil de 1916, caracterizava-se por um ato de vontade. A partir da Constituição de 1988, a adoção passou a ser considerada um ato complexo e a exigir sentença judicial constitutiva, como prevê expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 anos<sup>65</sup>: *O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.*

### 4.3 Conceito e efeitos.

Silvio Rodrigues conceitua a adoção como o “ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.”<sup>66</sup>

“A adoção é a modalidade artificial de filiação que se busca imitar a filiação natural”<sup>67</sup>, assim define o instituto o jurista Silvio Salvo Venosa. A adoção também é chamada de filiação civil uma vez que não deflui da filiação biológica, ou seja, por laços sanguíneos, mas pela manifestação de vontade e de uma sentença judicial constitutiva, sendo assim, uma forma de filiação por intermédio do Estado.<sup>68</sup> A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, não há laços sanguíneos, mas tão somente laços afetivos. Assim, “a adoção moderna é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas.”<sup>69</sup> Ao ser adotada, a criança

---

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 398.

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 393.

<sup>66</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p.340.

<sup>67</sup> VENOSA, Silvio Salvo. *Op. .cit.*, p.279.

<sup>68</sup> A título de ilustração, no direito canônico também há o parentesco espiritual, decorrente dos laços havidos entre padrinho ou madrinha e afilhado. Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro tal disposição é despida de qualquer importância, inexistindo qualquer efeito jurídico em razão de tal relação

<sup>69</sup> VENOSA, Silvio Salvo. *Op.cit.*, p.279.

passa a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente de sua carga genética.

Caio Mário ressalta que a adoção produz efeitos pessoais e patrimoniais. Em termos genéricos dá nascimento a relações de parentesco, inclusive no que tange aos impedimentos matrimoniais, que por motivos de caráter moral, vigoram entre o adotante e o adotado, entre o adotante e o cônjuge do adotado, entre o adotado e o cônjuge do adotante, entre o adotado e os filhos do adotante, o que foi albergado pelo art. 1626 do Código Civil de 2002.<sup>70</sup>

Ressalte-se que todos os impedimentos matrimoniais mantêm-se com relação à família biológica, por questão de segurança genética, conforme dispõe o art.1.626 Código Civil/2002: *a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.*

#### **4.4 Da adoção no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente**

Atualmente, a adoção destaca-se entre as medidas de colocação familiar. São três as formas que o Estatuto prevê de colocação em lar substituto: a adoção, a guarda e a tutela; conforme art. 28, *caput*, do E.C.A.: *a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.*

Contudo, a adoção, hoje, comporta uma nova perspectiva. O instituto se constitui na busca de uma família para uma criança, abandonando a concepção tradicional do Direito Civil, em que prevalecia a natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 397.

<sup>71</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção, In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 4ª Ed. – 2ª ed rev. e atual, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.128.

O Estatuto passou a focar a adoção com absoluta prioridade sob a ótica do interesse da criança e do adolescente, de modo a condicionar o deferimento da adoção à comprovação de trazer reais vantagens para o adotando, “considerando-o um sujeito de direitos.”<sup>72</sup>

Cabe trazer ao conhecimento, que o Brasil ratificou, entre outros documentos a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990) e a Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional – Haia, 1993 (Decreto nº 3.087/1999), o que devem ser considerados na interpretação do Código Civil, no que tange a todos os institutos que abrangem os interesses da infância e da juventude.

Tânia da Silva Pereira lembra, com propriedade, que permanecem em vigor os princípios constitucionais nunca revogados por lei ordinária e aqueles adotados por documentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Contudo, trataremos mais especificamente aos dispositivos gerais da adoção, a fim de manter o foco no estudo da adoção homoafetiva, que poderá ter seus fundamentos e sua hermenêutica aplicada à adoção internacional por analogia.

A grande modificação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, foi que nas adoções de menores de 18 anos passou a não existir mais a adoção simples ou plena, já que todas passaram a ser plenas sendo apenas denominadas “adoção”.

Após a Carta de 1988, a adoção de maiores de 18 e menores de 21 anos, já que não se enquadravam às regras procedimentais do Estatuto, e como constitui a adoção um ato público, passou-se a exigir processo de jurisdição voluntária com a audiência do Ministério Público como pré-requisito para sua inscrição no registro civil.<sup>73</sup>

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002 – N.C.C., foi extinta definitivamente do ordenamento jurídico brasileiro a adoção simples, sendo aplicada a adoção plena para todos os indivíduos, sejam eles maiores ou menores de 18 anos. O Novo Código Civil segue os mesmos fundamentos e diretrizes traçadas pelo Estatuto, e não o revoga expressamente, sendo necessário ao aplicador do direito a observância

<sup>72</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 348.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 397.

da norma mais recente (isto é, o N.C.C.), quando o que diz o Estatuto e o que diz o Código forem divergentes.

Sem uma orientação uniforme nos diversos Estados-membros, entende-se que, diferentemente do procedimento anterior, tratando-se de adotando maior de 21 anos ou emancipado pelos pais ou responsáveis que a adoção pode ser feita por escritura pública e dispensada a homologação judicial.<sup>74</sup> Haja vista, a raríssima ocorrência prática, há pouco interesse do estudo desta adoção por parte dos juscivilistas.

Na adoção prevista do E.C.A., o adotado incorpora o *status* de filho, como se natural fosse, passando ele a integrar em sua plenitude à família do adotante e seu entorno. Assim, o vínculo se estende a todos os parentes (avós, primos, tios), inclusive para efeitos de direito sucessório.

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a adoção por procuração, sendo, portanto, um ato pessoal do adotante, conforme dispõe o art. 39, parágrafo único, do E.C.A.: *a adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. Parágrafo único: É vedada a adoção por procuração.*

Explana o Juiz de Direito do Estado de São Paulo, Carlos Eduardo Pachi:

*Justifica-se essa vedação, também, pela necessidade de se avaliar, antes de deferir a adoção, a adaptação entre adotante e adotado, dada a irrevogabilidade da medida. Isto seria impossível se houvesse a intervenção de um terceiro, mero intermediário.<sup>75</sup>*

A vedação por procuração, tanto nos casos de adoções nacionais como nas internacionais, permite um controle mais rigoroso dos intermediários (advogados ou agências), que, muitas vezes, operam no campo da adoção com objetivos que vão além da proteção dos interesses das crianças e ingressam francamente na obtenção de vantagens financeiras.<sup>76</sup>

O Estatuto rege todas as adoções de crianças e jovens com no máximo 18 anos à data do pedido, salvo se já estiverem sobre a tutela ou guarda dos adotantes, assim

---

<sup>74</sup> Loc. cit.

<sup>75</sup> PACHI, Carlos Eduardo. In: CURY, MUNIR (COORD.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*, São Paulo: Malheiros. 2006, p. 155.

<sup>76</sup> BECKER, Maria Josefina. In: CURY, Munir (Coord.). op. cit, p. 156-157.



dispõe o E.C.A. em seu art. 40 *que o adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.*

Todas as pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil podem adotar (art. 1.618 do Código Civil/2002):

O *caput* do art. 41 apenas sacramenta os efeitos da proibição de qualquer ato discriminatório, inclusive de cunho sucessório do ordenamento jurídico, e lança por terra de uma vez por todas qualquer vínculo do adotante com os pais naturais, salvo os impedimentos matrimoniais, conforme já exposto neste trabalho e disposto no art.1.626 Código Civil/2002 *que 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.*

#### **ADOÇÃO. SUCESSÃO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Adoção. Direito sucessório. Capacidade para suceder e pleitear herança da família biológica. Aplicação da norma vigente ao tempo da abertura da sucessão. Tendo sido o Agravante adotado quando já vigente a Constituição de 1988 e tendo sido aberta a sucessão no ano de 1996, a capacidade para suceder do adotado se regerá pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. **A Lei n. 8.069/1990 (E.C.A.) veio regular o instituto da adoção, ante o novo conceito introduzido pela norma do § 6º, do artigo 227 da Constituição Federal, rompendo os vínculos civis do adotado com a família natural, aí abrangidos os direitos sucessórios, não havendo que se falar em direito adquirido à sucessão da família biológica, como aduzido pelo Agravante, pois a capacidade em suceder é regida pela lei vigente ao tempo da sucessão, submetendo os sujeitos aos efeitos das novas regras jurídicas que estiverem vigentes. Neste sentido, por força do disposto no artigo 41 do E.C.A., não há como reconhecer ao Agravante capacidade de suceder à sua família biológica, pois tendo sido assegurado ao adotado o direito sucessório da família adotante, ao mesmo tempo desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, não poderá mais concorrer a Inventário da**

**família biológica, caso contrário, estaria configurada a duplicidade de direitos sucessórios, o que, com certeza, não tem amparo legal, inexistindo a possibilidade de o suposto herdeiro "determinar o seu interesse" por uma sucessão, abrindo mão de outra.** Desprovemento do Agravo de Instrumento. (Agravo de Instrumento nº 2006.002.10635. Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Des. Rel. Leila Albuquerque. Julgamento: 28/11/2006).<sup>77</sup> (grifo nosso)

Dispõe o art. 41, §1º, do Estatuto que *se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.*

Não há como se negar, que na sociedade brasileira existem inúmeras crianças e adolescentes cujos assentos de nascimento constam apenas os nomes das mães. Muitos casos, também, em que existentes os nomes dos pais biológicos, estes não têm vínculos com as mães e deixam de exercer os direitos e deveres decorrentes do poder familiar, gerando verdadeiro estado de abandono paternal. Estas mães acabam se casando ou mesmo mantendo uma união estável com outros homens, gerando filhos ou não.

Hoje, por força da inovação do E.C.A., esta situação fática, em que o marido ou companheiro da mãe ou, ainda, a esposa ou companheira do pai, que exercem funções parentais no dia-a-dia, podem se tornar de pai ou mãe de direito dos filhos de seus companheiros, ante a possibilidade de ser concedida a adoção aos consortes dos pais adotantes. É a chamada adoção unilateral.<sup>78</sup>

Neste caso, o adotando mantém o vínculo com a família do pai ou da mãe consangüíneos e demais parentes, e, também, vincula-se ao pai ou mãe adotante e seus familiares.

Em três hipóteses poderá ocorrer a adoção unilateral:

---

<sup>77</sup> Integra do acórdão disponível em [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 05 maio 2008.

<sup>78</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p 345.

A primeira se refere à existência, no assento de nascimento, somente o nome do pai ou da mãe. Nesta hipótese o marido/esposa ou companheiro/companheira poderá pleitear a adoção unilateral, bastando, para tanto, que haja concordância de seu consorte e que comprove ser a medida do interesse do adotando através de avaliações psicossociais.<sup>79</sup>

A segunda hipótese é a da existência, no assento de nascimento, do nome de pai ou da mãe biológicos. Neste caso, além do consentimento do consorte, o deferimento da adoção estará condicionado à comprovação de que houve descumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar por parte do outro (art. 1634 do Código Civil de 2002 e art. 20 do E.C.A.), que possam levar à decretação de sua perda. Ressalte-se que mister se faz que o pai/mãe tenha se omitido em seus deveres.<sup>80</sup>

A terceira e última hipótese diz respeito à adoção do cônjuge ou companheiro, quando o pai ou a mãe biológicos da criança seja falecido, restando apenas o genitor sobrevivente, com quem vive. Conforme dispõe o art. 1.695, inciso I, do N.C.C., a morte é causa de extinção de poder familiar, neste caso, como na primeira hipótese, bastam, anuência do genitor sobrevivente e a verificação dos demais requisitos legais para o deferimento do pedido.<sup>81</sup>

Contudo Maria Josefina Becker, assistente social da Comarca de Porto Alegre – Rio Grande do Sul, lembra que a boa relação afetiva entre o padrasto ou a madrasta e seu enteado, por si só não é requisito suficiente para transformá-los em pai ou mãe adotiva.<sup>82</sup> Afinal, caso o casamento ou a união estável acabe por qualquer motivo a adoção não poderá ser revogada. Sendo aquele vínculo perene até a morte.

O § 2º do art. 41 do E.C.A. estabelece o direito à herança entre adotante e adotado e vice-versa, extensível aos parentes, observando-se a ordem de vocação hereditária. Assim, também dispõe o art. 1.823 do Código Civil /2002 que:

---

<sup>79</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op.cit*, p. 159.

<sup>80</sup> Loc. cit.

<sup>81</sup> Loc. cit.

<sup>82</sup> BECKER, Maria Josefina. *Op. cit*, p.160.

*É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.*

O art. 42 do Estatuto dispõe que somente os maiores de 21 anos podem adotar independentemente de seu estado civil. Contudo, há de se obedecer a lei posterior, o Código Civil, que data do ano de 2002, que reduziu a idade mínima para requerer a adoção como de 18 anos. Compatibilizando com a idade em que a pessoa atinge sua maioridade civil e é plenamente capaz para praticar qualquer ato da vida civil. Assim, todas as pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil podem adotar. Dispõe o art. 1.618 do Código Civil/2002 que *só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.*

Salienta-se que o requisito da idade mínima não é suprível pela emancipação.<sup>83</sup>

Tendo o Estatuto permitido a adoção independentemente do estado civil do adotante, podem adotar solteiro, casados, viúvos, separados, divorciados ou companheiros.

O Estatuto proíbe o ascendente de adotar os ascendentes ou os irmãos do adotando. (art. 42, §1º). Silvio Rodrigues crê que tal proibição se justifique pela idéia de que tal ato possa afetar a parte legítima da herança do herdeiro necessário mais próximo, uma vez que o mesmo vislumbra-se outro motivo para adotar um descendente.<sup>84</sup> Para Carlos Eduardo Pachi, tal medida visa evitar confusões de parentesco.<sup>85</sup>

Contudo a jurisprudência é tranqüila em admitir que criança seja adotada por seus ascendentes ou irmãos (RT671/80, JTJ136/149).<sup>86</sup>

No caso de a adoção ser promovida por um casal, basta que apenas um dos adotantes tenha 18 anos e comprovando a estabilidade familiar ou da união. Desta forma, dispõe art. 42, §2º do Estatuto; art. 1.618, parágrafo único do Código

<sup>83</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao ECA, Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, p.16. apud PACHI, Carlos Eduardo. Op. cit. p.161.*

<sup>84</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>85</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>86</sup> Loc. cit.

Civil/2002: *a adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.*

Ressalte-se que neste caso o juízo há de apurar a efetiva estabilidade do seio familiar antes de ser concedida a adoção.

Se um dos companheiros for menor de dezoito anos, deverá ser assistido no processo de adoção por seus pais ou tutores, pois a união estável, ao contrário do casamento, não emancipa a pessoa relativamente capaz.<sup>87</sup>

Não há, outrossim, limite máximo de idade para os adotantes. Assim, independentemente da idade avançada do pretendente à adoção pode ele adotar, sob o regime estatutário, desde que reúna condições de fornecer ao adotando ambiente familiar saudável propício ao seu desenvolvimento físico, psíquico e moral (RT 723/306).<sup>88</sup>

Um dos requisitos para a adoção diz respeito à diferença de idade das partes envolvidas nesse ato jurídico. Além de o adotado ter 18 anos completos no mínimo em relação a pelo menos um dos adotantes, o caso de a adoção estar sendo requerida por um casal, ele também tem que ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotando {art. 42, §3º do Estatuto; art. 1.619 do Código Civil /2002): *o adotante há de ser pelo menos 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado*}

Ao exigir essa diferença quer o legislador imitar a filiação biológica, propiciando autoridade e respeito. Caio Mario ressalta que esta diferença de idade existe no pressuposto de certo condicionamento hierárquico entre as partes, que utiliza como parâmetro a circunstância de que a idade núbil também é de dezesseis anos, e assim, assemelhar o parentesco civil à relação de paternidade biológica.<sup>89</sup>

Com efeito, a regra se inspira na idéia de que a adoção procura imitar a natureza, e, assim, faz-se mister estabelecer entre as partes que vão assumir posições de pai ou mãe e filho, uma diferença que as situe em gerações distintas.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Loc. cit.

<sup>88</sup> CURY, Munir (Coord). *Op. cit.*, p.155-156.

<sup>89</sup> RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, p.340.

<sup>90</sup> *Ibid*, p.348.

O §4º será tratado alguns parágrafos à frente quando se falará acerca do estágio de convivência, uma vez que será mais bem contextualizado.

Há também a possibilidade de se finalizar a adoção de uma criança ou adolescente cujo adotante venha a falecer no curso do processo de adoção, após inequívoca manifestação de vontade deste. Esta regra se encontra no §5º, do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente: *a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.*

Este dispositivo trata da chamada adoção póstuma.

A manifestação de vontade poderá ser verbal ou escrita. Nesta hipótese, os efeitos da adoção retroagem à data do óbito.<sup>91</sup>

#### **ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS FALECIDOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.**

1. É possível a adoção póstuma quando existe inequívoca manifestação de vontade do adotante e este vem a falecer no curso do procedimento, antes da sentença. Inteligência do art. 42, §5º, da Lei nº 8.069/90. 2. Revela-se juridicamente impossível, no entanto, o pedido de transformação da mera guarda em adoção socioafetiva, quando as pessoas apontadas como adotantes não deixaram patente a vontade de adotar em momento algum, nem em testamento, nem em algum escrito, nem tomaram quaisquer medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo pretendido era apenas e tão-somente de mera guarda. Recurso desprovido, por maioria. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022484240, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/02/2008).<sup>92</sup>

O art. 43 do Estatuto, repetida pelo Código Civil de 2002 em seu art. 1.625, figura, sem dúvida, como um dos mais importantes dispositivos acerca da adoção, uma vez que todas as adoções devem estar de acordo com ele. Dispõe o artigo que *a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.*

<sup>91</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p.162.

<sup>92</sup> Íntegra do acórdão disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 05 maio 2008.

Frise-se: reais vantagens para o adotado. Não se falando assim, em benefício de qualquer sorte que seja, a não ser o de ter filhos.

Ademais, a adoção deve fundar-se em motivos legítimos. Portanto, estão afastadas aquelas adoções motivadas por pagamento de promessas, troca, ou pagamento de quaisquer vantagens aos pais biológicos ou intermediários.

### **PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. ADOÇÃO. INTERESSE DE (O) MENOR**

Adoção cumulada com destituição de pátrio poder. Ausência dos mínimos requisitos para o exercício do poder familiar dos pais sobre a filha, padecendo ambos de perturbação mental e alcoolismo, não tendo condições para cuidar dos demais filhos, nem tampouco da filha em tela, uma criança de tenra idade que requer maiores cuidados. O interesse que prevalece não é o dos genitores ou dos adotantes, mas sim o da criança, que goza do direito constitucional à prioridade absoluta e à proteção integral. A falta ou carência de recursos materiais dos genitores não constitui o motivo que fundamentou a decretação da perda do pátrio poder, não tendo havido afronta ao art. 23, do ECA. A sentença foi proferida exaustivamente fundamentada devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Rejeitadas as preliminares de cerceamento de defesa. Negado provimento ao apelo. (Apelação cível nº 2003.001.12324, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Des. Rel. Luiz Eduardo Rabello. Julgamento: 21/01/2004).<sup>93</sup>

Para Maria Josefina Becker, o fundamental é que a adoção seja uma medida de proteção aos direitos da criança e do jovem, e não um meio de satisfação aos interesses dos adultos. Trata-se, sempre, de se encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para aqueles que querem adotar.<sup>94</sup>

A adoção é, acima de tudo, um ato de amor e tem como pressuposto laços afetivos que envolvem adotantes e adotado.

Algumas inovações foram trazidas acerca da legitimidade para adotar, destacando-se entre elas a possibilidade de a pessoa casada ou que viva em união estável adotar o filho de seu consorte, ou companheiro, sem afetar o liame de parentesco entre o adotado e o primeiro adotante. Dispõe o art. 1.622 do Código

---

<sup>93</sup> Loc. cit.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p.166.

Civil/2002)<sup>95</sup> que *ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.*

O tutor e o curador não poderão adotar o pupilo ou curatelado, antes de ter as respectivas contas aprovadas pela autoridade judiciária, e saldado o alcance, isto é, repondo eventual desfalque, se houver (art. 44 do E.C.A.; art. 1.620 do Código Civil/2002). Este preceito tem o objetivo de proteger o interesse do tutelado ou dos filhos do curatelado. Esta regra visa resguardar possíveis irregularidades em sua conduta. A adoção somente pode ocorrer após a homologação das contas pela autoridade judicial, conforme dispõe o art. 44. E.C.A.: *enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.*

O art. 1.621 do Código Civil de 2002, correspondendo ao art. 45 e §§ do E.C.A., exige o consentimento dos pais ou representante legal do adotado, menor de 18 anos, salvo se foram os pais desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar através de procedimento próprio previsto nos artigos 155 a 163 do Estatuto da criança e do Adolescente.<sup>96</sup> Dispõe o art 45, caput, do E.C.A.:

*A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.*

*§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.*

*§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.*

Maria Josefina Becker salienta a competência da autoridade judiciária para conhecer de pedidos de adoção resguarda os direitos e interesses das crianças e adolescentes, que ainda que haja o consentimento dos pais, colocando-os a salvo de pressões de terceiros e evitando os riscos de transações financeiras a que são tentadas, em muitos casos, mães vitimadas pela pobreza e desesperadas. A experiência tem demonstrado que nem sempre as famílias adotivas indicadas pelos pais biológicos são

---

<sup>95</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p.342.

<sup>96</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 402.



as mais adequadas, e apenas a adoção judicial pode garantir o cumprimento do disposto no art. 29 do E.C.A.<sup>97</sup>

Havendo concordância dos pais, o procedimento a ser seguido será o do art. 166 do Estatuto, com audiência perante o Juiz da Infância e da Juventude, com a presença do Ministério Público, oportunidade na qual será manifestada a concordância, não supérfluo por qualquer outra forma. Dispensa-se, assim, o procedimento do contraditório.<sup>98</sup>

Vale lembrar que o exercício de modo exclusivo o pátrio poder por um dos genitores não extingue o poder familiar do outro, que temporariamente, ainda que por um longo período, esteja impossibilitado de exercê-lo. Porém, afastada a impossibilidade recupera o genitor ausente o poder familiar. Assim, não basta a simples ausência de um genitor e a anuência daquele que esteja exercendo o pátrio poder com exclusividade, para a adoção do menor, devendo, nesse caso, ser inibido o poder familiar do ausente mediante procedimento contraditório.<sup>99</sup>

A concordância dos pais com a adoção do filho por si só não autoriza a destituição do poder familiar. A perda deste deverá ser decretada mediante sentença destitutória de poder familiar, mediante procedimento adequado, com observância do contraditório, iniciado por quem tem legitimidade para tanto, devidamente comprovada conduta, omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dos pais, que se molde em um dos casos ensejadores de perda de poder familiar, previstos em lei.<sup>100</sup>

Nas palavras do Ministro do Cezar Peluso, a anuência dos genitores serve apenas como “pressuposto de simplificação do procedimento.”<sup>101</sup>

No caso da adoção, por constituir um procedimento consensual, o juiz extinguirá o poder familiar dos genitores sobre aquela criança ou jovem,

---

<sup>97</sup> CURY, Munir (Coord). *Op. cit.*, p. 156-157.

<sup>98</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p.168.

<sup>99</sup> Loc.cit.

<sup>100</sup> Loc. cit.

<sup>101</sup> *Ibid*, p.169.

independentemente da conduta dolosa ou culposa dos pais, não cabendo neste caso sentença destitutória.<sup>102</sup>

Sendo a criança ou adolescente capaz de externar sua vontade acerca da adoção, ela deverá ser ouvida. Sendo, no caso de adoção de jovens, obrigatória. Contudo, entendendo o Magistrado, a despeito da concordância do menor, que a adoção será vantajosa para formação da criança ou o adolescente, seu desenvolvimento físico, psíquico, e emocional; poderá concedê-la.<sup>103</sup>

### **ADOÇÃO. PÁTRIO PODER. PERDA. ABANDONO MATERIAL. INTERESSE DE(O) MENOR.**

Adoção. Perda do pátrio poder pelos pais biológicos. Desejo do menor, agora adolescente, manifestado em favor da apelada, com quem reside desde tenra idade. Estudo psicológico favorável à adoção. Acerto do decreto de procedência do pedido. Recurso improvido. Na espécie dos autos a Adotanda desde pequena idade reside com a Apelada, que lhe supre as necessidades. Fora abandonada pelos pais biológicos e a tentativa de reaproximar-se deles não restou frutífera. Deseja ser adotada, não quer usar o sobrenome do pai. Tem discernimento pela idade que agora possui e seu desejo merece ser respeitado, até porque está em sintonia com o Estudo Psicológico feito para o caso. Nesse tipo de questionamento há que ser sempre respeitado o interesse do menor, de forma que acertado se encontra o decreto que reconheceu a procedência do postulado (Apelação Cível nº 2006.001.04871, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Des. Rel. Caetano Fonseca Costa Julgamento: 11/04/2006).<sup>104</sup>

### **ADOÇÃO. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. INTERESSE DE(O) MENOR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

Ação de destituição de pátrio poder e adoção. Menor entregue aos cuidados dos adotantes desde tenra idade. Prevalência do interesse do menor. O menor, que conta hoje com dezessete anos, que não deseja viver com a mãe, de quem não guarda boas recordações, em face das condições precárias que com ela

---

<sup>102</sup> Loc. cit.

<sup>103</sup> *Ibid*, p.170.

<sup>104</sup> Íntegra do acórdão disponível [com www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 05 maio 2008.

passou, nas poucas vezes que com ela residiu. De forma que, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se confirmar a sentença que deu a melhor solução ao litígio, fazendo prevalecer p interesse maior do adolescente que deve ser protegido. (Apelação Cível nº 2002.001.30376, Segunda Câmara Cível do Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. Rel. Gustavo Kuhl Leite, Julgamento: 30/04/2004).<sup>105</sup>

O art. 1.624 do Código Civil de 2002 acrescentou mais uma hipótese de dispensa de consentimento:

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

#### **ADOÇÃO. DEVER DE ASSISTÊNCIA. NEGLIÊNCIA. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DESPROVIDO**

Adoção e destituição do pátrio poder. Comprovado que os pais biológicos foram negligentes quanto à assistência devida às suas filhas, abandonando-as, com tenra idade, e entregando-as aos autores, na companhia de quem vivem há vários anos, acarretando, com isto, a perda da afetividade entre eles e as condições psicológicas indispensáveis à convivência familiar, bem assim, que as menores se encontram perfeitamente adaptadas e incorporadas ao seio da nova família substituta, e o total desinteresse dos pais de sangue pelas menores durante um longo tempo, correta é a decisão que os destitui do pátrio poder e defere a adoção aos guardiões. Adotantes que reúnem todas as condições para o exercício do encargo. Procedência do pedido de adoção com a conseqüente decretação da perda do pátrio poder. Improcedência do pedido contraposto para a obtenção da posse e guarda de uma das menores. Recurso ao qual se nega provimento. (Apelação Cível nº 2002.001.12170, Quinta Câmara Cível do tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Des. Rel.: Fernando Cabral. Julgamento: 01/10/2002).<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Íntegra do acórdão disponível com [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 05 maio 2008.

<sup>106</sup> Íntegra do acórdão disponível em [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 05 maio 2008.

Maria Josefina Becker lembra que a autoridade judiciária poderá valer-se de um técnico (assistente social ou psicólogo) nos casos de anuência dos pais com a adoção. Ressalta a assistente social que não é rara a concordância dos pais, e, sobretudo da mãe, mediante pressões dos interessados na posse da criança. Outras vezes a concordância é motivada por situações de crise pessoal ou econômica. Nesses casos, os pais, deverão ser amparados a amadurecer melhor sua decisão, e o oferecimento de alternativas de ajuda e assistência tem levado à possibilidade de manter o vínculo da criança com sua família natural. Esses cuidados são indispensáveis para evitar retratações posteriores, com resultados prejudiciais à criança e à mãe.<sup>107</sup>

O Código Civil de 2002 dispõe que duas pessoas só podem adotar a mesma criança ou jovem caso sejam casados ou vivam em união estável. Neste caso iniciar-se-á o estágio de convivência da criança ou jovem no lar familiar na constância da união, assim dispõe o art. 46, *caput*, do E.C.A.: *a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.*

Silvio Rodrigues ressalta que o processo de adoção pode se findar mesmo que a entidade familiar se dissolva, contanto que os consortes acordem sobre a guarda e o regime de visitas. (art. 1622, parágrafo único do Código Civil de 2002; art 42, §4º do Estatuto).<sup>108</sup>

*Art. 42, §4º do Estatuto - Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.*

O juiz Carlos Eduardo Pachí, ressalta que não necessariamente deve existir acordo, sendo ele tão somente desejável. Basta que ambos desejem adotar, e sendo esta medida de interesse da criança ou do adolescente (art. 43 do E.C.A.) pode-se pensar na possibilidade de ser deferida a adoção, deixando o estabelecimento do regime de visitas e a guarda para a decisão judicial.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p.171.

<sup>108</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>109</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p.171.

Da mesma forma, ocorrendo a ruptura da sociedade conjugal e um dos cônjuges não se interessar mais na adoção, poderá o outro cônjuge efetivá-la.<sup>110</sup>

A idéia do estágio de convivência, embora sem portar esse nome, foi introduzida no direito brasileiro com a Lei nº. 4.655/65, que dispunha sobre a legitimação adotiva. No art. 1º, parágrafo segundo, dispunha que a legitimação só seria deferida após um período mínimo de três anos de guarda do menor pelos requerentes. O Código de Menores reduziu esse período para um ano. Atualmente, nem o Código nem o Estatuto pré-determinam um período específico cabendo à discricionariedade do juiz fixá-lo. Assim, silente o juiz acerca de tal prazo, cabe ao adotante requerer sua fixação pelo juízo a fim de que possa ser cumprido.<sup>111</sup>

O Juiz Carlos Eduardo Pachi, salienta que “dadas a natureza e a seriedade da adoção, além da sua irrevogabilidade, o estágio de convivência deve ser o tempo necessário para que se avalie a adaptação entre o adotante e o adotado.”<sup>112</sup>

Desta forma, as avaliações serão feitas pelo setor técnico face ao caso concreto o qual determinará maior ou menor estágio de convivência.<sup>113</sup>

Silvio Rodrigues lembra as duas possibilidades nas quais o estágio de convivência será dispensado: a) quando o adotado for bebê de menos de um ano de idade, pois, crê-se que neste caso há extrema probabilidade o ajuste do menor com seu progenitor; b) qualquer que seja a idade do adotando, quando este já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da constituição do vínculo.<sup>114</sup> Neste Sentido dispõe o art. 46, §1º do Estatuto:

*O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.*

---

<sup>110</sup> Loc. cit.

<sup>111</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p.345.

<sup>112</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p.172.

<sup>113</sup> Loc. cit.

<sup>114</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p.345.

A respeito destas possibilidades, Carlos Eduardo Pachi consigna que dispensa do estágio de convivência não significa que uma vez feito o requerimento, deverá o Juízo da Infância e Juventude apreciá-lo de imediato. Haverá a necessidade, sempre, de que seja feita uma avaliação psicossocial, quando será verificada a adaptação de ambas as partes (art. 167 da Lei 8.069/90).<sup>115</sup>

Maria Josefina Becker concorda acerca da dispensa do estágio de convivência em processos nos quais o adotado possua menos de um ano de idade, dada a peculiaridade do caso.

Para a assistente social uma das fases mais importante o período de espera para a adoção, no qual o acompanhante técnico terá muita utilidade. Esse período, diz a técnica, equivale a uma gestação psicossocial, em que todos os aspectos relativos à adoção, às necessidades e direitos das crianças, as expectativas e fantasias dos futuros pais adotivos, devem ser franca e amplamente expostos e debatidos. Ressalta, ela a necessidade de as equipes técnicas estarem bem preparadas, pois de seu trabalho, dependerá o sucesso da medida.<sup>116</sup>

Em processos nos quais os adotandos sejam crianças mais velhas é de extrema prudência “fixar um estágio de convivência mais dilatado, para que se dê tempo, sem pressões, para que o conhecimento mútuo permita o estabelecimento de vínculos”<sup>117</sup>, discorre Maria Josefina. Não se pode olvidar que essas crianças e jovens já foram alvos de rejeições, abandonos, abusos e maus-tratos.

**ADOÇÃO. INTERESSE DE(O) MENOR. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. PERÍODO DE ABRANGÊNCIA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Adoção. Pai biológico em lugar incerto e não sabido. Citação por edital. Melhor interesse do menor de prevalecer das questões que o envolvem (art. 227, da Carta Constitucional). **A convivência ente o adotanda e a adotante já perdura por longo tempo (sete anos), cumprindo o adotante as obrigações inerentes à função de pai, sejam elas materiais ou afetivas**, eis que o pai biológico não mantém contato com a adotanda desde que ela tinha um ano de idade, jamais tendo colaborado com a

<sup>115</sup> PACHI, Carlos Eduardo. *Op. cit.*, p.172.

<sup>116</sup> BECKER, Maria Josefina. *Op. cit.*, p.174

<sup>117</sup> Loc. cit.

sua educação, nem convivido com a mesma, o que demonstra, no mínimo, absoluta falta de interesse a ensinar não só a declaração da perda de paternidade como a adoção da menor pelo apelado. (Apelação Cível nº 2004.001.13385, Décima Quarta Câmara Cível. Des. Rel. Walter Agostinho. Julgamento: 07/12/2004).<sup>118</sup> (grifo nosso)

Finalmente, dispõe de forma auto-explicativa o art. 47 do Estatuto:

*O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial que será inscrita no Registro Civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.*

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

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

*§ 3º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro.*

*§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para salvaguarda de direitos.*

*§ 5º A sentença conferirá ao adotando o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.*

*§ 6º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, §5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.*

Ficou estabelecido que os processos de adoção de menores de 18 anos são de competência das Varas da Infância e da Juventude e os processos de adoção de maiores de 18 anos são de competência das Varas de Família.<sup>119</sup>

Esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a adoção rompe com inúmeros preconceitos e representa a mais nobre iniciativa daqueles que se propõem a assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono, maus-tratos e abusos que qualquer espécie.<sup>120</sup>

Tânia da Silva Pereira salienta que o grande norteador para os intérpretes do novo sistema jurídico é que a convivência familiar dentro ou fora do casamento, na

---

<sup>118</sup> Íntegra do acórdão disponível em [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 05 maio 2008.

<sup>119</sup> CURY, Munir (Coord.). *Op. cit.*, p.155-156.

<sup>120</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p.128

família natural ou substituta, e a vida numa comunidade devem ser prioridades nas políticas públicas e programas governamentais.<sup>121</sup> E conclui:

*Se a criança ou adolescente são, por determinação do Texto Constitucional, “prioridade absoluta” caberá a sociedade e à família implantar esse preceito por meio de medidas sociopolíticas imediatas e concretas, sobrepondo-a a interesses supérfluos e secundários em nosso atual contexto nacional.*<sup>122</sup>

#### **4.5 Da adoção e da homoafetividade.**

Conforme dito anteriormente, a adoção de crianças e jovens por indivíduos homossexuais não é novidade. Fora dos casos de adoção à brasileira<sup>123</sup>, sempre existiram lares homoafetivos com crianças. Antes, para que um gay adotasse uma criança ele deveria fazê-lo individualmente, uma vez que nesta hipótese, ainda que despertasse certa suspeita por parte dos assistentes sociais, psicólogos e juízes, a sexualidade do indivíduo não podia ser questionada, e menos ainda há obrigação de ser revelada pelo adotante, até porque essa questão refere-se ao foro íntimo de cada um, alheia à premissa sobre estar ou não habilitado. E a realidade é que ainda são raras as decisões judiciais que deferem pedido de adoção formulado por uma pessoa gay, ato este que leva a essa camada da sociedade a ocultar cada vez mais sua condição.

O legislador brasileiro, ainda se nega a emprestar juridicidade às relações homoafetivas, fato este que se reflete na completa omissão legal autorizando ou vedando a adoção. A primeira iniciativa legislativa – o projeto de regulamentação da união civil, de autoria da então deputada Marta Suplicy – omitiu-se em tocar no

---

<sup>121</sup> Loc. cit.

<sup>122</sup> Loc. cit.

<sup>123</sup> Na adoção à brasileira dá-se com declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção. O declarante ou declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado. LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, documento eletrônico, v. nota 12.



assunto, sob a justificativa de que o tema é de tal relevância que possui foro próprio de abordagem.

No substitutivo, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação foi introduzido o §2º ao art. 3º, com o seguinte teor: “São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.”<sup>124</sup> No Congresso o Projeto de Lei aguarda votação. Por várias vezes entrou em pauta, mas nunca foi levado à votação.

Para a sociedade, um filho é a consagração do amor entre duas pessoas. Assim, cada vez mais casais homoafetivos recorrem à adoção como forma de constituir família e selar o relacionamento afetivo do casal com a “vinda” de um filho. Contudo, ainda são raríssimas as decisões que concedem a adoção a casais homossexuais. Fato este devido ao preconceito arraigado nos escrúpulos da sociedade, que suscitam um potencial comprometimento no desenvolvimento sadio da criança.

Questiona-se ainda se a ausência de referenciais de ambos os gêneros poderia tornar confusa a própria identidade sexual. Suscita-se, ainda, a possibilidade de a criança ser alvo de discriminação ou escárnio por parte de vizinho ou colegas, acarretando-lhe problemas de inserção social ou perturbações de ordem psicológica.

Após esse breve estudo dos aspectos gerais da adoção, analisar-se-á algumas disposições do E.C.A. concernentes ao instituto, a fim focar mais detidamente o objeto de nosso estudo: a adoção por casais homoafetivos.

Dispõe o art. 19 do Estatuto:

*Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (grifo nosso)*

---

<sup>124</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p 110.

Não restam dúvidas que a família serve de base para o futuro de todos os indivíduos. É no seio da família que o ser humano nasce e inicia seu desenvolvimento, salvo das hostilidades externas.

A questão mais polêmica e divisora de opiniões é acerca da adoção de crianças por casais homoafetivos, contudo, os relacionamentos homossexuais não são incompatíveis com o instituto da adoção.

Ressalte-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, editado em 1990 – e sem a menor sombra de dúvida uma das mais avançadas leis no que tange à proteção do menor, não traz qualquer restrição a essa prática. Ao contrário, o Estatuto é bem abrangente com relação aos adotantes em potencial. Estabelece o E.C.A. em seu art.42 que *podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil*.

Aqui se salienta a necessidade de se retocar a idade mínima exigida para 18 anos, uma vez que o Novo Código Civil impôs tal redução. Ademais, nota-se que não há qualquer restrição de raça, cor, religião, estado civil, sexo ou orientação sexual. Logo, conclui-se que qualquer pessoa que preencha requisitos elencados nos arts. 39 e seguintes pode adotar. Aqui a faculdade de adotar é conferida ao homem e a mulher, conjunta ou isoladamente.

Desta forma, estará dentro dos padrões aquele que independentemente se sua cor, sexo, religião, estado civil ou opção sexual preencher os requisitos exigidos no art. 39 do E.C.A.<sup>125</sup>

De igual sorte, a adoção por ambos os parceiros também não está proibida. O Estatuto não define o que para o Estado vem a ser família substituta como o faz com a família natural em seu art. 25 que diz: *entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles, e seus descendentes*.

Diante da especificidade dessa definição, Maria Berenice defende que não se pode ter por coextensivos esses conceitos: que a família substituta deva ter a mesma estrutura da família natural. Sob esse enfoque, não há qualquer vedação para um casal homoafetivo ser reconhecido como uma família substituta apta a abrigar uma criança.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Loc. cit.

<sup>126</sup> *Idem* . *Conversando sobre Homoafetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.96

No Brasil, em obediência a Constituição Republicana de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA não exige a existência dos dois sexos para o reconhecimento da entidade familiar, bastando para isso que exista um deles e a sua prole, como ocorre na família monoparental, oferecendo-lhes reconhecimento, proteção e visibilidade para àquela situação fática.

Na falta de previsão legal de adoção por casais homossexuais, deverá prevalecer o art. 43 do Estatuto que diz: *a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo.*

Vivendo os parceiros homossexuais numa entidade familiar, legítimo será o interesse da adoção e assim como não se vislumbra quaisquer desvantagens para o adotando, uma vez que estará abrigado da própria sorte em um lar cheio de carinho e amor<sup>127</sup>.

Maria Regina Fay Azambuja, Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ressalta a necessidade de “compreender as circunstâncias que acompanham a opção de quem decide adotar uma criança e a de quem espera, ansiosamente, a possibilidade de uma família substituta.”<sup>128</sup>

Além disso, cabe atentar para a realidade social brasileira, na qual um enorme contingente de crianças e jovens perece nas ruas e abrigos, abandonados em situação irregular, que poderiam ter uma vida mais digna ao lado de uma família substituta.

O Ministério Público, entidade que tem o dever institucional de zelar por eles, carece de legitimidade para propor demanda com o fim de retirar criança de 11 meses de idade de família que foi considerada apta à adoção. Fato é que não se encontrando o menor em situação de risco e sem trazer provas de que a convivência com a família substituta esteja lhe acarretando prejuízo, carece de interesse de agir ao Ministério Público para representá-lo em juízo, sob o fundamento de a família substituta ser um casal anormal, sem condições morais, sociais e psicológicas para adotar uma criança.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> *Idem. União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p.110.

<sup>128</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Adoção: um ato de amor. In: *Direito de Família e Interdisciplinaridade. Curitiba*: Juruá. 2001, p.163 *apud* Ibid., p.111.

Maria Berenice Dias salienta que não é possível a exclusão do direito constitucional inerente a todo o cidadão de guarda, tutela e adoção, independente da preferência sexual de cada um, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer sorte.<sup>130</sup>

*Se a família é um vínculo de afeto, se a paternidade se identifica com a posse de estado, encontrando-se há 8 meses o filho no âmbito de sua família, arrancá-lo dos braços de sua mãe com quem residia desde quando tinha 3 meses, pelo fato de ser ela transexual, e colocá-lo em um abrigo não é só ato de desumanidade. Escancara flagrante discriminação de natureza homofóbica.*<sup>131</sup>

A resistência legal não se justifica nem por razões de registro. A determinação legal de que na certidão de nascimento deverão constar os nomes dos adotantes no local dos nomes do pai e/ ou mãe biológicos, não pode servir de justificativa para sustentar a impossibilidade de adoção por duas pessoas do mesmo sexo. Na Lei de Registros Públicos não há nenhuma vedação que impeça o registro de nascimento em nome de dois pais ou de duas mães.

Dispõe o art. 47, § 1º: *a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.*

Ainda que se presuma que a lei não tenha cogitado tal possibilidade, a adoção por um par homossexual é cabível por ausência de vedação.

Cabe lembrar que a adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica, pelo qual o vínculo paternal não se corresponde à realidade biológica. Igualmente, ocorre a quebra da verdade, quando a mãe registra seu filho sem o nome do pai, o que não quer dizer que a criança ou o jovem não tenha pai. Neste caso, o que fica

---

<sup>129</sup> DIAS, Maria Berenice. *Família Normal?*, dez. 2007, Disponível em: [www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br), Acesso em 16 maio 2008.

<sup>130</sup> Idem, *União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 110.

<sup>131</sup> Idem, *Família Normal?*, Net, dez. 2007, Disponível em: [www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br), Acesso em 16 maio 2008.

consignado no assento de nascimento não é a verdade real. Nesse diapasão, não resta qualquer impossibilidade de se registrar alguém por duas pessoas do mesmo sexo.<sup>132</sup>

Finalmente, dispõe o art. 29 do Estatuto: *não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.*

*A priori*, não se pode dizer que ser o ambiente familiar homossexual inadequado com a natureza ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja incompatível.

*O relacionamento, ainda que homossexual, que possua características de união estável não é incompatível com a natureza da medida. Basta que exista um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros dos deveres dos conviventes, como lealdade, fidelidade, assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de interesses.*<sup>133</sup>

Ao que pese a opinião de muitos contra a concessão de adoção de crianças e jovens a homossexuais, não existe no ordenamento qualquer proibição acerca do tema. Há sim uma lacuna, uma omissão do legislador em jurisdicionalizar especificamente esses casos de adoção.

“O direito não pode ficar estático à espera da lei.”<sup>134</sup> O silêncio legal não deve servir como obstáculo à outorga de direitos e imposição de deveres. Em casos de lacuna legislativa, o aplicador do Direito deverá valer-se dos referenciais elencados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC: a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. O que não pode é o Estado omitir-se tentando insistir em não querer ver uma situação fática cada vez mais cotidiana.

Na hipótese de adoção por apenas um dos parceiros, a fim de ocultar sua opção sexual para resguardar-se de potencial discriminação, o adotado só poderá desfrutar de qualquer direito com relação àquele que consta no seu assento de nascimento, nada

---

<sup>132</sup> *Idem. União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p 112.

<sup>133</sup> *Idem, Conversando sobre Homoafetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.96.

<sup>134</sup> LEY, Ana Maria Laydner Gaudie. *Um princípio de igualdade. apud Idem, União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 97.

podendo pleitear daquele que também reconhece como sendo seu pai, mas não têm liame registral com o menor. Caso ocorra a morte daquele que não é legalmente seu genitor, o menor não poderá pleitear benefícios previdenciários tampouco direitos de caráter sucessório. Ademais, sobrevivendo a separação do par, contra o parceiro que não figura como pai, não poderá requerer alimentos ou a regulamentação do regime de visitas.

“O amor para com os pais em nada se diferencia pelo fato de eles serem do mesmo ou de diverso sexo.”<sup>135</sup>

Questiona-se se, ao menos, não seria aplicável a filiação socioafetiva para esses casos, haja vista que este instituto cada vez mais reconhecido como gerador de vínculo parental.

*Diante de todas essas similitudes, não há como não visualizar a presença da filiação que tem origem na afetividade. Impor eventuais limitações, em face da orientação sexual dos pais acarreta injustificável prejuízo e afronta a própria finalidade protetiva a quem a Constituição outorga especial atenção.*<sup>136</sup>

Cabe aos membros do judiciário despir-se de quaisquer posturas pessoais e convicções de ordem moral quando estiverem diante de um caso de adoção de menores por homossexuais, pois sem dúvida uma criança sem pais nem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma família seja ela homo ou heterossexual. Seja de qual forma se apresente o caso concreto, a Justiça não pode se esquecer que o seu compromisso é fazer cumprir os dispositivos da Lei Maior que impõe respeito à dignidade da pessoa humana, concede especial proteção à família como base da sociedade e garante a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar.

Deixar a criança sem total desamparo é negar-lhe direito à vida, ao afeto e à felicidade, livrando os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento de quem é criado e tratado como filho. O princípio que deve prevalecer é o do melhor

---

<sup>135</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Homoafetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.126.

<sup>136</sup> *Idem*. *Família Normal?*, Net, dez. 2007, Disponível em: [www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br), Acesso em 16 maio 2008.

interesse do menor, uma vez que não há legítimo motivo de retirar de uma criança o direito de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem em uma união estável propiciando à criança um ambiente familiar, é legítimo o interesse na adoção, havendo irrefutáveis vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de seus direitos, jogado à própria sorte.

De forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar o menor tal omissão resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir dos direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva à criança e ao adolescente decantada na Carta Constitucional e perseguida pelo Estatuto<sup>137</sup>, conclui Maria Berenice Dias.

#### **4.5.1 Aspectos sociais, políticos e psicológicos.**

Muitos juristas e psicólogos crêem ser vã a tentativa de proibir a constituição de famílias por casais homossexuais, pois quanto maiores os empecilhos que são criados pela justiça, mais diversificadas e mirabolantes são as saídas que esses casais encontram para concretizar o seu sonho de constituir família. Maria Berenice Dias exemplifica duas situações: a) É usual lésbicas extraírem o óvulo de uma, fecundá-lo *in vitro* por espermatozóide de um doador, sendo o embrião implantado no útero da outra que leva a termo a gestação. Neste caso, a criança terá em sua certidão de nascimento o nome daquela que lhe deu à luz, mas carregará a carga genética da outra, doadora do óvulo; b) Os casais masculinos socorrem-se das chamadas “barrigas de aluguel”. Fazem uso da inseminação artificial, inclusive com a inseminação simultânea do sêmen de ambos, exatamente para não saberem qual deles é o genitor. A criança será tida como filha pelos dois.

Nos Estados Unidos, um casal *gay* de ingleses, juntos há 11 anos, alugaram a barriga de uma mulher pela quantia de US\$ 300.000. Após o nascimento dos gêmeos a Justiça norte-americana autorizou o registro das crianças em nome dos dois pais.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p 114.

<sup>138</sup> Notícia veiculada na Revista IstoÉ, de 22/12/1999, *apud Ibid.* p.114.

Um dos argumentos levantados contra a bandeira da adoção por homossexuais seria uma eventual instabilidade das relações homoafetivas.

Contudo, pesquisas revelam que na Europa e Estados Unidos 50% dos homossexuais coabitam com o/a companheiro(a) e desse número, de 40 a 50 % desejam ter filhos, podem chegar este índice a até 60% em alguns países.<sup>139</sup> Estes números expressam não somente uma reivindicação do movimento *gay*, mas também uma situação fática de parcela da sociedade que clama por reconhecimento.

Ressalte-se aqui que a precariedade das relações afetivas do casal, e a grande mobilidade das relações atualmente, o conceito de estabilidade familiar tem de ser revisto, inclusive como pré-condição para colocação em família substituta.

Em relação à homossexualidade masculina, além da instabilidade ainda suscitam eventual promiscuidade das relações desses casais. Sobre esse aspecto, levanta-se a seguinte questão para reflexão: quem é promíscuo não pode ser um bom pai? Não seriam mais importantes os valores carregados por aquela pessoa e os valores que ela transmite para a criança?

Insiste-se na compreensão de que omissão legal ou a não-necessidade de proteção desse conjunto deve-se à impossibilidade da constituição de prole biológica.

A existência de filhos de casais homoafetivos, que é fato da sociedade ocidental contemporânea, remete à discussão sobre sua origem. A orientação sexual revela de algum modo que aquela criança não veio daquele encontro de corpos. A inexistência de vínculo de sangue talvez seja mais facilmente tematizada, uma vez que as parcerias são com pessoas do mesmo sexo, isto é, parceria não-reprodutiva. Se a revelação do segredo da adoção é uma preocupação dos técnicos, em especial dos psicólogos, talvez nesses casos seja mais fácil. Essa criança tem outra história – mesmo que seja fruto de um relacionamento heterossexual anterior.<sup>140</sup> “É impossível entrar nesta lógica da imitação, quando estamos diante de dois homens ou duas mulheres.”<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> LEROY-FORGEOT, Flora. *Les Enfants du PACS. Réalité de l'Homopaternalité*, Paris: L'Atelier de l'Archer. *apud* UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.15.

<sup>140</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.110.

<sup>141</sup> IACUB, Marcela. Le droit et l'horreur des filiations homoparentales In: *La Magazine*, Le Troisième sexe. Paris, Édition Du treize mars, printemps, 1999, p.40 *apud* UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.129.



“Talvez seja a impossibilidade de se sustentar a ficção o que mais incomoda na constituição da família homossexual.”<sup>142</sup>

O psicanalista francês Pierre Legendre, ao discorrer sobre o que chama de poder genealógico do Estado, *v.g.*, o poder de reproduzir conforme a lei da espécie, atribui a criança a condição de credora genealógica. Segundo Legendre, o Estado, a partir dos regimes institucionais ocidentais, é quem deve separar simbolicamente a figura dos genitores. É o Estado que garante os lugares estruturais, no sentido de ser ele o responsável pela montagem da filiação, a partir do exercício legislativo e jurisprudencial. O Estado é o responsável pelo que ele chama de Justiça Genealógica.<sup>143</sup>

Segundo o psicanalista, “instituir a homossexualidade com um status familiar é colocar um princípio democrático a serviço da fantasia”<sup>144</sup>, dando margem a uma lógica hedonista herdeira do nazismo.<sup>145</sup> Nessa linha de raciocínio, a adoção de pessoas que não sejam heterossexuais romperia com esse sistema legal de identificações genealógicas, no qual que o Direito apresenta a figura do pai e da mãe como imagens fundadoras da família e da sociedade.<sup>146</sup>

O discurso político tem sua retórica fundada no caráter eminentemente jurídico da ordem procriativa, que está edificada sobre três pontos: I) a liberdade de procriar pelas vias naturais; II) a assimilação da categoria de genitor à categoria de pais; III) a equiparação entre competências para procriar e as competências dos pais.<sup>147</sup>

Primeiramente, a ordem legal parte da premissa de que a liberdade para procriar é absoluta e sem limites, pois ela decorre da natureza humana e do direito à vida.

<sup>142</sup> CADORET, Anne, “Homossexualité et filiation” In: *La Magazine*, Le Troisième sexe. Paris, Édition Du treize mars, printemps, 1999, apud UZIEL, Anna Paula, *op. cit.*, p.129.

<sup>143</sup> PERES, Ana Paula Barion, *A Adoção por Homossexuais – Fronteiras da Família na Pós-modernidade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.32.

<sup>144</sup> LEGENDRE, Pierre, *Poder Genealógico do Estado*, In: *Autoridade, Responsabilidade e Proteção à Criança*. Confrontation Européennes Regionales, collection Synthèse, 1992, p.3, apud Ibid, p.31.

<sup>145</sup> PERES, Ana Paula Barion, *op. cit.*, p.32.

<sup>146</sup> Loc. cit.

<sup>147</sup> IACUB, Marcela, Homopaternalité et ordre procreatif. In: *Audela du PaCS: L’expertise familial à l’épreuve de l’homosexualité*. Paris: Presses Universitaire de France, 2001, p. 193-208 apud Ibid, p.33; Uziel, Anna Paula, *op. cit.*, p. 30.

Assim, há um aspecto presente no direito de procriar quando se deseja, sendo qualquer interferência sentida como um cerceamento ao direito fundamental à liberdade. Por outro lado, a liberdade pode-se sujeitar ao controle do Estado, como no caso de algumas legislações que proíbem o aborto.<sup>148</sup>

O segundo ponto encontra-se na assimilação da figura de genitor e pai na mesma pessoa, com base no princípio da verdade biológica, oriundo do Direito Canônico.<sup>149</sup>

O terceiro e último ponto está na equiparação de competências procriadoras e parentais, de modo a se supor que as pessoas que tem capacidade de procriar também estão psíquica e emocionalmente aptas a serem pais. “Parte-se da presunção relativa que os pais biológicos estão capacitados a acolher a criança e a zelar pelo seu desenvolvimento.”<sup>150</sup>

Marcela Iacub, advogada e pesquisadora francesa, membro do Centro Nacional de Pesquisa Científica da França, disserta que o sistema normativo atrela a ordem simbólica natural ao discurso jurídico. Com isso, a estratégica política que é utilizada a fim de impedir a concessão, ou melhor, o reconhecimento dos direito dos homossexuais quanto à filiação é fazer crer que qualquer modificação que se opere no ordenamento acerca desse assunto esbarra na imutabilidade de certas estruturas antropológicas, como ocorre com a diferença de sexo e de gerações. Observa-se que não há qualquer questionamento sobre a capacidade dos pais em exercerem funções paternais como se dá com a adoção, em que os candidatos têm de se submeter a uma maratona de entrevistas e avaliações realizadas por assistentes sociais e psicólogos, para preencherem tais requisitos legais.<sup>151</sup>

*Hoje o Estado não controla apenas o corpo do indivíduo, mas toda a parcela do seu espírito que é passível de ser ocupada; não apenas a sua vida exterior, mas também a vida íntima; não apenas a*

---

<sup>148</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.33.

<sup>149</sup> *Ibid*, p.33-34.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p.34.

<sup>151</sup> *Loc. cit.*

*esfera pública, mas também os cantos mais obscuros da vida privada, que antes eram inacessíveis à dominação política.*<sup>152</sup>

Sem o apoio da sociedade, as famílias homoafetivas elaboram suas próprias alternativas para enfrentar o preconceito. Os parceiros procuram transmitir a felicidade de estarem juntos criando um ambiente onde as crianças se sintam bem, de maneira a minimizar os incômodos e os sofrimentos a serem enfrentados no confronto com outras famílias.<sup>153</sup>

Pelo fato de terem tido a necessidade de refletir e de tomar a decisão de buscar um filho, caminho que não dependia exclusivamente deles, ou por serem avaliados, ou por quaisquer outros motivos, às vezes os pais adotivos, homo ou heterossexuais, acabam sendo muito mais bem preparados do que qualquer pai biológico.<sup>154</sup>

É importante ressaltar que não se pode perquirir pessoas perfeitas dos “padrões sociais”, “visto que os pretendentes à adoção são ‘pessoas da terra com qualidades e defeitos e não anjos oriundos do céu.’”<sup>155</sup> Não se pode perquerir pais adotivos melhores do que os pais naturais o seriam.

Há necessidade de isenção por parte dos assistentes sociais, psicólogos e juízes, quando do contato com o requerente durante o processo de habilitação, a fim de evitar impor seus pré-conceitos de família, haja vista cada pessoa ter um conceito, um modelo de família em sua concepção teórica e ideológica. É necessário que fique claro que existem várias configurações de famílias possíveis, com valores diferenciados.<sup>156</sup>

*A contemporaneidade tem diversificado as configurações familiares. As tradicionais não deixam de existir para que as outras emerjam, todas convivem. Entre os exemplos de novos arranjos figuram espontaneamente as famílias uniparentais, famílias que são feitas por casais do mesmo sexo, famílias que não traçam o perfil, que não moram na mesma residência.*<sup>157</sup>

<sup>152</sup> UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.20.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p.90.

<sup>155</sup> FIGUEIREDO, Luiz Carlos de B. *Adoção para Homossexuais*, Curitiba: Juruá. 2001 *apud* Loc. cit.

<sup>156</sup> UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p.101.

<sup>157</sup> Loc. cit.

Outro ponto que levanta muitos questionamentos é acerca da abordagem da sexualidade no processo de habilitação de maneira que não se viole os princípios da intimidade, da igualdade e da não-discriminação. Sobre esse ponto Ana Paula Uziel traz a seguinte ponderação: “trata-se sim, de se fazer um alerta importante de que a opção sexual de quem adota não se afigure como ponto central a ser analisado nas questões relativas à adoção.”<sup>158</sup>

Da mesma forma que os casais, os solteiros, os homossexuais que vão em busca da criança passam por processo de habilitação, serão examinados de alguma forma, a vida deles será pensada discutida. Essa abordagem se faz necessária, pois é essencial a avaliação e a compreensão da dinâmica familiar daquela(s) pessoas(s).

Em seu livro, Anna Paula Uziel traz o depoimento de uma assistente social que demonstra com clareza a importância de se tocar no assunto da homossexualidade durante o processo de habilitação.

*Ele não está impedido de exercer papel de mãe, de pai (...) de acolher aquela criança na família. Agora, essa questão do homossexualismo vai entrar na dinâmica de atendimento? Vai, porque ela é parte da vida do outro, compõe o jeito dele ser. Da mesma forma que se você atende um casal, você vai tentar entender um pouco da dinâmica conjugal desse casal. Se você atende uma pessoa solteira, você vai tentar entender um pouco como ela vive aquela vida sozinha – entre aspas, porque ela pode ter outras relações externas – como ela vive seu cotidiano, como ela administra isso. Da mesma forma, no homossexualismo, você vai tentar entender como ele se percebe, se isso tem algum elemento significativo ou não para o desenvolvimento da criança.*<sup>159</sup>

Na mesma obra um juiz não identificado conclui:

*Nós ainda vivemos numa sociedade preconceituosa e, muitas vezes, a pessoa que tem uma preferência sexual sofre discriminações que podem até abalar sua estrutura emocional. e uma vez tendo sua estrutura emocional abalada, ela pode, por consequência, ter até sua habilitação indeferida. Isso não decorre do fato dela ser*

---

<sup>158</sup> *Ibid*, p.113.

<sup>159</sup> *Ibid*, p.114.

*homossexual, e sim do fato dela não ter uma estrutura emocional adequada.*<sup>160</sup>

Muitos defendem também uma conversa franca no sentido de que aquela criança poder entender o que é aquela opção como aquela pessoa é, e porque ela tem essa forma de ser. Isso é uma particularidade do caso e não uma anormalidade.<sup>161</sup>

Por outro lado, torna-se preocupante o fato de, nos casos onde há uma orientação sexual homoafetiva, com medo de ser politicamente incorretos, os assistentes sociais, psicólogos e juízes serem condescendentes em suas avaliações durante o processo de habilitação.

Outro aspecto que cabe salientar é que não se deve tentar transformar o casal homossexual em pai e mãe. Pois isso traria uma confusão de gênero para a criança. A maneira que deve ser tratada é de pai e companheiro do pai e mãe e companheira da mãe. O que deve ser avaliado é o bem estar da criança.

Pesquisas apontam que não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças e jovens com pais homoafetivos. Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Da mesma forma, nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referenciais de maneira a tornar confusa a identidade de gênero.<sup>162</sup>

Transcreve-se aqui o depoimento de uma assistente social acerca deste ponto:

*Eu não sei se, dependendo da maneira como você cria uma criança, essa relação de afeto se torna tão forte que é importante. Você deixa de ter essa caracterização homem e mulher. O que essa dupla vai passar de afetividade às vezes é tão importante que a criança vai querer ter o nome daqueles dois ou daquelas duas. A coisa é da afetividade mesmo.*<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> *Ibid*, p.117.

<sup>161</sup> Loc. cit.

<sup>162</sup> Loc. cit.

<sup>163</sup> CADORET, Anne. *Op. cit*, apud *Ibid*, p. 129.

Aparece, também, como justificativa para negar ou temer pela concessão da adoção a um homossexual o risco da orientação dos pais interferir na criança, revelando, ainda que não explicitamente, um preconceito. Os mais reacionários sustentam que os adotados tenderão ser homossexuais.

*O que deve ser argüido neste momento é se um casal homossexual pode adotar. Não nos resta dúvida quando a ser negativa a resposta. Em primeiro lugar porque a lei expressamente o veda, em segundo lugar porque um casal homossexual não é um bom referencial para um menor adotado. Esta visão não decorre de nenhuma visão preconceituosa sobre a qualidade ou amoralidade das relações sexuais que os adotantes manteriam; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor.*<sup>164</sup>

Contudo, quando deparados com casos concretos de adoção por homossexuais, constata-se que toda essa teoria fundada no preconceito e na discriminação cai por terra.

Um estudo realizado na Califórnia com famílias não-convencionais, *hippies* que vivem em comunidade, casamentos abertos e filhos criados por mães lésbicas e pais gays, revelou que as crianças com dois pais do mesmo sexo são tão equilibradas quando os filhos dos casais heterossexuais, sem qualquer desvio de desenvolvimento sexual. Os pesquisadores também constataram que as meninas eram tão femininas quanto as outras, e os meninos são tão masculinos quanto os outros.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*, São Paulo: LTr. 2000. p. 55 *apud*. UZIEL, Anna Paula, *op. cit.*, p. 133.

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Homoafetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.97.

## **5. Direitos fundamentais X princípios constitucionais: possível conjugá-los?**

Diante de todas as mudanças sofridas pela família nos últimos tempos e devido à mobilidade das relações socio-familiares contemporâneas, cabe ao Direito o papel de reestruturar a dinâmica jurídico-familiar, tendo em vista os novos arranjos familiares possíveis. Deve o Direito identificá-las, assimilá-las e normatizá-las a fim de conformar o ordenamento jurídico à realidade social.

Conforme já foi constatado no decorrer deste estudo, o ordenamento jurídico é omissivo no que tange à adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, solteiros ou com seus parceiros. Contudo, diante de uma demanda desta natureza, não pode o

judiciário eximir-se de apreciá-la sob o argumento de omissão legal. Deverá o juiz conhecer a demanda e julgá-la com a base no que dispõe o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro – LICC: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

Num primeiro momento, a leitura desse dispositivo pode levar o intérprete a crer que a lei prepondera sobre os princípios, e mais, que os princípios seriam o último recurso para suprir as lacunas da lei, atrás da analogia e dos costumes.

Contudo, essa visão positivista, é rechaçada pela doutrina contemporânea, que não admite mais os princípios como mera fonte subsidiária de terceiro escalão, cuja função se adstringe ao preenchimento das lacunas legais.<sup>166</sup>

Miguel Reale questiona a prevalência da analogia e dos costumes sobre os princípios argumentando a possibilidade de aplicação conjuntamente desses elementos. Discorre, ainda que os princípios gerais do direito, além da função integradora, possuem uma função interpretativa, por serem “os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico.”<sup>167</sup>

Cabe trazer aqui a revolução doutrinária em relação à concepção dos princípios refletida inclusive na jurisprudência. Saiu-se da era positivista na qual os princípios eram meros coadjuvantes da lei para o pós-positivismo, onde os princípios encontram-se fora do ordenamento jurídico em escala superior a ele, servindo de base para o mesmo. Assim, cabe ao intérprete compatibilizar a concepção contemporânea dos princípios com os diplomas legais.<sup>168</sup>

*A referência aos princípios gerais do direito como último recurso de regulamentação só poderia ser entendida, portanto, como uma referência, não a normas iminentes (pois que a sua existência impediria a configuração de lacunas, mas como princípios que, ao invés de deduzíveis do sistema (como são normas expressas antes aludidas), são o seu fundamento axiológico, sendo sistema, assim, deles deduzível. Desse modo dos princípios gerais do direito, tal como referidos na LICC e no CPC, seriam os valores de ordem*

<sup>166</sup> VIEIRA, José Ribas. A Noção dos Princípios no Direito Público do Estado Democrático In: *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.125 *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>167</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva. 1994, p.311.

<sup>168</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p. 93-95.



*moral, situados fora do sistema, sobre os quais, em tese, deveria fundar-se o direito, pois servem de base nas palavras de Orlando Gomes, à ordem social e política.*<sup>169</sup>

Na perspectiva tradicional, a perspectiva positivista, os princípios desempenham uma função integradora, fornecendo critérios normativos para que o intérprete preencha o vazio existente no sistema legal, quando a analogia e o costume, respectivamente nesta ordem, não estão aptos a fazê-lo. Dessa forma, a concepção juspositivista do Direito é exclusivamente um modelo de regras que guardam uma relação de primazia face aos princípios.<sup>170</sup>

A partir da dogmática moderna, conhecida como concepção pós-positivista, os princípios ganham destaque e normatividade. Essa nova perspectiva defende que os princípios são obtidos através da abstração das normas, o que faz com que tenham a mesma natureza dessas. Defende, ainda, que os princípios têm a mesma função das normas, isto é, a aplicação do Direito a um caso concreto. Assim, a doutrina passa a conceber duas categorias de normas: as normas-disposição (regras) e as normas-princípios (princípios). As regras caracterizam-se por uma eficácia restrita às situações reguladas. Os princípios, por sua vez, possuem maior teor de abstração tendo alcance mais amplo no sistema jurídico. Nesse sentido, têm por função, além de uma ação imediata, quando regulam diretamente uma determinada relação jurídica, interpretar e integrar o texto constitucional (ações mediatas).<sup>171</sup>

Ressalte-se que não há hierarquia normativa entre regras e princípios (se ambos forem de caráter constitucional), mas eles desempenham funções diferentes dentro do ordenamento.<sup>172</sup>

A normatividade dos princípios, hoje questão pacificada na doutrina, mantém estreita relação com a difusão da idéia de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica. A nova concepção se deve também ao destaque dado ao

<sup>169</sup> NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem Causa \_ Aspectos de sua a Aplicação no Brasil como um Princípio Geral. In: *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 55 – III, dez. 1995, p. 766 *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.92.

<sup>170</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.94

<sup>171</sup> *Ibid*, p.96.

<sup>172</sup> *Ibid*, p.97.

constitucionalismo contemporâneo aos direitos fundamentais, previstos “sobretudo por meio das disposições dotadas de alto grau de abertura e forte carga valorativa.”<sup>173</sup>

Sucintamente, Norberto Bobbio sustenta que a diferença entre princípios e regras encontra-se no grau de generalidade, uma vez que a o grau de generalidade daquele é maior do que o das regras.<sup>174</sup> Por sua vez, Ronald Dworkin defende que a diferença entre princípios e regras não se encontra somente no que tange à generalização, mas sobretudo do ponto de vista estrutural e lógico.<sup>175</sup> No caso das regras, elas irão regular de forma absoluta no caso concreto, ou cabe sua incidência ou não. Já os princípios, estes têm um campo de aplicação mais amplo, pois se irradiam pelo ordenamento jurídico normatizando inúmeras situações jurídicas, não sendo possíveis esgotá-las de antemão.<sup>176</sup>

Face a um conflito entre princípios será resolvido por meio da ponderação do peso que será analisada de acordo com o caso concreto. Aplica-se esse critério, o princípio de menor peso recua para que o de maior peso incida de modo a regular aquela determinada situação, o que não conduz a invalidade do primeiro, mas ao seu afastamento temporário.<sup>177</sup>

Uma das grandes características da fase pós-positivista é o surgimento dos princípios como verdadeiros alicerces do ordenamento jurídico. Os princípios deixam de constarem dos códigos e migram para as constituições, saindo da coadjuvância para exercer o seu papel como fundamento axiológico e normativo de toda a ordem jurídica.<sup>178</sup> O ordenamento jurídico só pode ser pensado se atrelado aos princípios que o fundamentam.

---

<sup>173</sup> *Ibid*, p.98.

<sup>174</sup>

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*, (1950), Brasília – São Paulo: Ed. UNB-Polis, 1991, *apud* Loc. cit.

<sup>175</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Massachussets: Harvard University Press, 1978. *apud* Loc. Cit.

<sup>176</sup> PERES, Ana Paula Barion, *op. cit*, p.98

<sup>177</sup> Loc. cit.

<sup>178</sup> *Ibid*, p.100.

A Constituição Brasileira de 1988 expressa uma série de princípios sobre os quais se edifica todo o sistema legal brasileiro. Luís Roberto Barroso expõe que os princípios constitucionais “consustanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica irradiando-se por todo o sistema.”<sup>179</sup> Previstos na Constituição, os princípios passam a integrar-se no topo do ordenamento jurídico, sintetizando os valores supremos do ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina moderna atribuiu aos princípios, três tipos de eficácia: I) interpretativa, II) negativa e III) vedativa de retrocesso<sup>180</sup>.

O primeiro tipo de eficácia, a interpretativa, tem aplicação por serem os princípios dotados de efeitos ilimitados além da possibilidade de serem aplicados em inúmeros casos ou de funcionarem como vetores interpretativos do sistema jurídico. Tratando-se de princípios constitucionais, a sua incidência é ainda mais ampla, haja vista a Constituição ser o topo do ordenamento jurídico.<sup>181</sup>

A eficácia negativa e a vedativa de retrocesso somente dispõe de meios para que os princípios não sejam violados. Dessa forma, a eficácia negativa funciona no sentido de impedir que sejam praticados atos ou editadas normas que venham de encontro aos efeitos pretendidos pelo princípio. Já a vedativa de retrocesso visa evitar que o legislador revogue normas garantidoras de direitos, que regulamentam o princípio sem editar outras em substituição, ou seja, “esta última (...) tem especial relevo quando se tratam de princípios constitucionais que estabeleçam fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas.”<sup>182</sup>

Estando no mesmo patamar das normas constitucionais, os princípios possuem a mesma eficácia que elas. Sendo assim, o cidadão pode recorrer ao Judiciário a fim de

---

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*, Saraiva: São Paulo, 1996, p. 142, *apud*, *Ibid*, p.101.

<sup>180</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 80 e ss. *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.102

<sup>181</sup> *Loc. cit.*

<sup>182</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.103

requerer o cumprimento dos princípios tal como faria com as normas, caso seus efeitos não sejam produzidos.

### 5.1 Melhor interesse da criança & direito à igualdade

Faz-se necessário discutir se os homossexuais estão aptos a exercer a parentalidade de modo a proporcionar o pleno desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente que venham a adotar. O princípio do melhor interesse da criança, foco do instituto da adoção, é adotado orientação pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, assinada em 1990, ratificada pelo Brasil e inserida no ordenamento pátrio através do Decreto Lei 99.710/90, que em seu art. 3º, inciso I estabelece como diretriz:

*Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.*

Como já foi dito, o processo evolutivo, sintetizado na nova ordem constitucional, foi responsável por ampliar a estrutura familiar, que deslocou o centro da tutela constitucional do casamento para as relações familiares dele decorrentes e aquelas formadas independentemente da sua realização, de modo a tutelar a dignidade todos os membros da família, assegurando especialmente o respeito ao desenvolvimento dos filhos.

Gustavo Tepedino, destaca que a formula anglo-saxônia representada pela expressão *the best interest of the child* por nosso ordenamento absorvida, encontra-se duplamente prevista em nosso ordenamento<sup>183</sup>, de forma genérica no art. 1º, III, da Constituição Republicana:

*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,*

<sup>183</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 395, *apud Ibid*, p.106.

*constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*(...)*

*III - a dignidade da pessoa humana;*

*(...).*

E de forma específica no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente,

*Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.*

O art. 227 da Lei Maior preconiza o direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, que lhe proporcione o atendimento de suas necessidades básicas: habitação, saúde, educação. Diante disso, cumpre averiguar se a adoção por homossexuais preencheria tal função.

Ana Paula B. Peres disserta:

*No caso da adoção por homossexuais, buscar-se-á desvendar se a sua exclusão está calcada no perverso sistema de discriminação, resquício de uma compreensão moralista em relação à concepção sócio-histórica da humanidade, ou no simples fato de que de ser uma providência a que melhor atende ao interesse da criança.<sup>184</sup>*

É importante ressaltar que um Estado Democrático de Direito tem o dever de tutelar os direitos fundamentais ou humanos, principalmente quando as pessoas são integrantes de grupos minoritários, e aqui se incluem também as crianças e os adolescentes, dada a sua frágil condição social, econômica, política e jurídica.

Lidia Natália Dobrianskij Weber critica severamente o processo de seleção dos pais adotivos, pois, segundo ela, o trabalho desenvolvido pela equipe técnica, assistentes sociais e psicólogos, das Varas da Infância e da Juventude, quase sempre deixa de levar em conta a possibilidade de mudança e aprendizagem do ser humano (referindo-se aos candidatos à adoção), como também não fornece uma proposta de preparação /ou mudança de atitude dessas pessoas. O que se verifica é uma postura

---

<sup>184</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.108.

preconceituosa que seleciona os futuros pais adotivos aprioristicamente, privilegiando esse processo de segregação em vez de proteger a criança em situação de abandono, que melhor se desenvolveria sob os cuidados de uma família do que em um abrigo.<sup>185</sup> A partir desta visão, a autora não visa afastar a necessidade de avaliação dos postulantes, mas prestigiar a unicidade de cada família.

Quando a adoção seja por casais homossexuais, seja por casais heterossexuais seja por requerentes solteiros, casados ou que vivam em união estável se não configurar real vantagem para o adotado, ao pedido de adoção deve ser indeferido, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente, sob o rastro da Constituição fixou como critério norteador das condutas relativas aos menores a absoluta prioridade à tutela da formação da personalidade dessas pessoas, ainda que em detrimento da vontade dos pais (art. 43 E.C.A. e art. 1.625 do NCC).

Por outro lado, a Constituição também consagrou o direito de formar família como um dos objetivos fundamentais da República, conforme dispõe o art. 3º da CRFB/88: *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.*

Face à incidência desses princípios, caso seja vedado o direito de adoção em razão, tão somente, da opção sexual do requerente, estar-se-á diante de um conflito de princípios constitucionais, pois assim como a Carta Magna garante o direito à igualdade e a não-discriminação.

José Afonso da Silva relembra que “tentou-se introduzir uma norma que claramente vedasse, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes.”<sup>186</sup> E conclui: “daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para equiparações de preconceitos.”<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> WEBER, Lidia Natália Dobrianskij. Critérios de Seleção de Pais Adotivos: em Discussão. In: *Revista Interação do Departamento de Psicologia da UFPR*, Paraná, nº01861, 1998, p.2 *apud Ibid.* p109.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006, p.227.

<sup>187</sup> Loc. Cit.

## 5.2 Melhor interesse da criança *versus* direito à igualdade

Verifica-se, assim, um confronto entre princípios constitucionais caso os homossexuais sejam proibidos de adotar.

Acerca da colisão de princípios, Daniel Sarmento discorre com propriedade: “Em muitos casos o intérprete constatará que certas situações jurídicas mobilizam concomitantemente a incidência de vários princípios, cada um acenando para uma direção diferente.”<sup>188</sup> De acordo com o autor, nos países que adotaram Constituições compromissórias, como o Brasil, será comum a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental, uma vez que diferentes ideologias foram abraçadas pela Carta Magna. Contudo, não se pode perder de vista o princípio da unidade da Constituição, razão pela qual caberá ao intérprete a tarefa, nem sempre fácil, de harmonizar normas conflitantes. Portanto, ao intérprete cumpre o papel crucial de interpretar a Constituição de modo sistemático, a partir dos princípios que dela irradiam de modo a garantir sua efetividade.<sup>189</sup>

Ao contrário das normas infraconstitucionais que retiram seu fundamento de validade da Constituição, as normas constitucionais nascem concomitantemente com a Carta Magna. Essa afirmação não inquina o fato de algumas normas ocupem no sistema mais destaque do que outras, tanto assim é, que a doutrina agrupa as regras jurídicas em normas constitucionais organizadoras, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. A mesma divisão em categorias se dá com os princípios, que se agrupam em fundamentais, gerais e setoriais.<sup>190</sup>

Os princípios definidos como fundamentais ganham essa nomenclatura por conterem nele decisões políticas fundamentais do Estado, como é o caso dos princípios

---

<sup>188</sup> SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 140, *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op.cit.*, p. 116

<sup>189</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>190</sup> BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar. 1993, p. 290-291, *apud* *Ibid.* p.119

republicano, federativo e do Estado Democrático de Direito, da separação de poderem entre outros.<sup>191</sup>

Quando se está diante de um conflito de normas são utilizados os critérios tradicionais de resolução de antinomias, qual sejam, o critério cronológico – lei posterior revoga lei anterior que com ela seja incompatível, o critério de especialidade – lei especial revoga lei geral; e o critério hierárquico – lei superior revoga lei inferior.<sup>192</sup>

Contudo, neste conflito de princípios em foco não seria aplicável o critério cronológico uma vez que ambos os princípios, o superior interesse da criança e o direito à igualdade, entraram no ordenamento jurídico ao mesmo tempo quando da promulgação da Constituição.

Também não se poderia aplicar o critério da especialidade uma vez que para sua utilização faz-se necessário que uma relação do tipo geral-especial. Daniel Sarmento explica que entre domínios normativos dos cânones constitucionais é mais comum a ocorrência de antinomia do tipo total-parcial, que não enseja a aplicação do método da especialidade.<sup>193</sup>

Finalmente, não podemos recorrer ao critério de hierarquia uma vez que ambos os princípios estão consagrados no texto constitucional desfrutando, assim, do mesmo grau de hierarquia.

Visto que não se podem aplicar os métodos tradicionais para resolução de conflitos entre as normas, a solução para o problema será dada através do método da ponderação de bens, que resulta do “balanceamento de valores e interesses (...), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente possíveis”<sup>194</sup>, o que só se faz viável por constituírem-se os princípios em “exigências de otimização.”<sup>195</sup> Contudo, somente poderá ser feita a ponderação de bens quando se

---

<sup>191</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.120

<sup>192</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 14ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas. 2003, p.582

<sup>193</sup> SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p.42-43

<sup>194</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 71, *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit*, p.120.

<sup>195</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit*, p. 120



estiver diante de um caso concreto, uma vez que é enorme o leque de possibilidades na medida em que as variáveis de cada caso repercutirão na solução jurídica a ser alcançada.

Ressalte-se que o mecanismo do critério da ponderação de bens só funciona de maneira a indicar a melhor solução diante da situação fática, onde haverá a mensuração de cada cânone constitucional, fazendo incidir o princípio da proporcionalidade, através do qual todas as restrições recíprocas entre princípios são efetivadas.<sup>196</sup>

A boa doutrina subdivide o princípio da proporcionalidade em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação reflete a necessidade de que a medida a ser adotada seja apta a concretizar os fins pretendidos pelo legislador, assim como princípio da necessidade que torna imperioso ao legislador optar pelo meio menos gravoso. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito leva a dimensionar os efeitos positivos da norma com os ônus suportados pelos seus destinatários, de modo que, ao final, os benefícios superem as desvantagens.<sup>197</sup>

Ressalte-se que somente haverá conflito entre os princípios do melhor interesse da criança e do direito à igualdade caso fique comprovado que o desempenho da parentalidade por homossexuais pode trazer malefícios de qualquer sorte ao menor. Portanto, torna-se imprescindível a análise do caso concreto.

Conclui-se que, em caso de conflito entre aqueles princípios, haverá prevalência do resguardo do melhor interesse da criança em detrimento das aspirações de parentalidade do homossexual, uma vez que o interesse da criança deve ser priorizado quando em conflito com o de outras pessoas ou mesmo instituições, por desfrutar de uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.<sup>198</sup>

Heloisa Helena Barboza destaca que com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, o Direito de Família, em destaque a legislação acerca da filiação

<sup>196</sup> Loc.cit.

<sup>197</sup>

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 58, *apud Ibid.* p.121

<sup>198</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op.cit.*, p. 122

e da parentalidade, só poderá ser trabalhado à luz do ideário de proteção integral da criança e do adolescente. Por esse motivo, elenca a doutrina da proteção integral como sendo um dos pilares constitucionais do Direito de Família contemporâneo ao lado da plena igualdade entre filhos e a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais.<sup>199</sup>

*A noção de ‘interesse’ traduz ‘de forma mais clara a evolução do direito de família em direção ao abandono de um modelo familiar único e transcendente em proveito do reconhecimento da diversidade social e da gestão de situações individuais, sua indefinição se revelando como o sinal mais evidente de uma diluição da norma.’<sup>200</sup>*

Tânia da Silva Pereira defende a necessidade de se reformular a postura subjetivista para uma postura garantista do melhor interesse da criança, haja vista a nova doutrina constitucional de proteção integral da criança, reconhecendo esta como titular de direitos fundamentais assegurados pela família, pelo Estado, e inclusive pela sociedade. Reconhece, ainda, a autora, a necessidade de definição do que vem a ser o princípio do melhor interesse da criança por envolver uma idéia muito vaga suscetível ao subjetivismo do aplicador do direito, razão pela qual defende uma redefinição de seus parâmetros em face aos novos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.<sup>201</sup>

Finalmente, tomando por base o princípio do melhor interesse da criança orientado pela proteção integral desta, a questão imediata que se põe é o reconhecimento jurídico da “paternidade afetiva”. Capaz de proporcionar a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e dos direitos consagrados no art. 226 da Carta Constitucional.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999, p.140. *apud Ibid.* p.123.

<sup>200</sup> THÉRY, Irène *apud* LEITE Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 196 *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p 125.

<sup>201</sup> PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança. In: *O melhor interesse da criança: em debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p.16 *apud* PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p 125.

<sup>202</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p.140.

## 6. EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS

Historicamente em 1996, o desembargador Siro Darlan, que à época era Juiz da Infância e da Juventude, concedeu a primeira adoção a uma pessoa assumidamente homossexual. O caso do menino “Pedro Paulo” foi certamente um marco histórico na jurisprudência brasileira a cerca do tema e a consagração do direito à igualdade, à não-discriminação e a prevalência do melhor interesse da criança sobre o preconceito social. Naquele tempo, Ângelo Pereira logrou a adoção menino que na época sofria de pneumonia dupla e precisou de acompanhamento médico 24h.<sup>203</sup>

---

<sup>203</sup> Reportagem publicada no Diário de São Paulo em 13 mai 2007. Disponível em: [www.oglobo.com.br](http://www.oglobo.com.br). Acesso em 11 de junho de 2008.

*Querem que eu defenda o direito dos gays, mas eu não acredito que exista uma classe a ser defendida. O indivíduo deve ser avaliado individualmente pelo Juizado da Infância. Eu espero que, um dia, a opção sexual não seja mais uma questão e isso não seja mais discutido*<sup>204</sup>, diz Ângelo Pereira.

E quem não se lembra de Francisco Eller, também conhecido como “Chicão”, filho biológico da cantora Cássia Eller, que perdeu seu pai ainda antes de nascer, foi registrado exclusivamente em nome de sua mãe. A cantora nunca escondeu seu relacionamento homossexual de muitos anos, e até em algumas entrevistas se mostrava preocupada com a sorte de sua parceira, Maria Eugênia Martins. Durante toda a sua vida, “Chicão” viveu com a mãe e sua companheira, sendo que identificava a figura materna em Maria Eugênia, com quem sempre ficava aos cuidados sempre que Cássia Eller saía para fazer turnês e compromissos artísticos. Após a morte de Cássia, o avô paterno entrou com o pedido de guarda do neto. Mas, o pedido foi rejeitado, e em respeito à vontade de “Chicão” concedeu-se a sua guarda à Maria Eugênia. Percebe-se claramente a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que o juízo preferiu mantê-lo com quem já exercia as funções maternas.<sup>205</sup>

No dia 05 de maio deste ano, o programa jornalístico Globo Repórter, da emissora de televisão Rede Globo, abordou o tema homossexualidade e parentalidade, trazendo para ilustrar o tema duas histórias: a de “Lucas” e a dos irmãos “Marcos e Felipe.”

A primeira é a de “Lucas”. “Rosângela” sua mãe foi mãe solteira, e criou “Lucas” sozinha, até que “Rosimere”, técnica em enfermagem, entrou na vida deles. “Rosimere” não queria só ser companheira de “Rosângela”, queria também adotar o filho da companheira. E conseguiu! Constam da certidão de nascimento de “Lucas”, duas mães. “Lucas” se lembra bem do que disse ao juiz no processo de adoção: “Eu disse que já tinha me acostumado a ter duas mães e que não tinha problema não ter pai porque eu era muito feliz com elas”. O Juiz Infância e da Juventude, José Antônio

---

<sup>204</sup> Loc. cit.

<sup>205</sup> GNT.Doc. “*Novas Famílias*”, exibido em outubro/2007, Canal GNT; Reportagem publicada na revista IstoÉ Gente, 14 nov 2002. Disponível em <[http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia\\_chicao.htm](http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia_chicao.htm)>, Acesso em 16 de maio de 2008.

Daltoé Cezar, explicou: "Os nossos técnicos fizeram uma avaliação e me trouxeram a informação de que aquela família estava bem organizada e feliz, que seria bom para todo mundo o instituto da adoção de 'Lucas' por outra mãe. Então, eu não podia decidir de forma contrária a isso."<sup>206</sup>

Aos poucos, famílias que antes não eram aceitas estão ficando, sim, mais presentes nos lares brasileiros. E esse novo olhar da Justiça mudou a vida de dois irmãozinhos que nasceram no Sul do país. "Marcos e Felipe" foram morar em Nova York. Eles são irmãos gêmeos. Foram entregues para adoção logo que nasceram. Moravam em um abrigo quando conheceram seus pais: Marco Campello e Antônio Maciel. Eles já estavam juntos há 16 anos, gozando de estabilidade emocional e financeira. Hoje, todos moram em Nova York e o casal sabe que terá de preparar as crianças para as muitas perguntas que estão por vir.<sup>207</sup>

Neste caso, havendo estabilidade familiar de modo a proporcionar os direitos básicos do menor para pleno desenvolvimento de sua personalidade, não há porque negar a adoção. É a supremacia do princípio do melhor interesse da criança!

Em 13 de maio de 2007, foi publicada no jornal Diário de São Paulo uma matéria acerca de um casal de homossexuais que obteve na Justiça a guarda provisória de quatro irmãos – três meninas e um menino<sup>208</sup>. A Criança menor tem 3 anos e a mais velha tem 10. Os cabeleireiros, "João", de 34 anos, e "Paulo", de 40, já estão juntos há mais de 15 anos.

Os quatro irmãos são filhos de uma dependente de drogas, que perdeu a guarda das crianças, que estavam morando num abrigo de menores.

As crianças passaram o primeiro Natal com os pais adotivos e duas das meninas tiveram sua primeira festa de aniversário este ano.

"João e Paulo", que já criaram os dois filhos biológicos de Paulo, disseram que a adoção melhorou o relacionamento deles. "Completo a nossa família. É como se tivessem feito DNA de alma, de tanto amor que tem entre a gente", disse "João".

---

<sup>206</sup> Globo Repórter. "Novas Famílias", programa exibido em 09/05/2008, Rede Globo.

<sup>207</sup> Loc.cit.

<sup>208</sup>

Reportagem publicada no Diário de São Paulo em 13 maio 2007. Disponível em: [www.oglobo.com.br](http://www.oglobo.com.br). Acesso em 11 de jun de 2008.

A decisão foi tomada depois de os filhos de “Paulo” ficarem adultos e saírem de casa.

Segundo o casal, a experiência está valendo a pena, apesar das mudanças provocadas na rotina diária. “Estamos felizes, principalmente porque a mais velha disse que o sonho dela era ter amor e uma família, e que isto ela conseguiu agora”, afirmou “João”.

“Eu queria que alguém me chamasse de pai e para isso não precisava ser meu filho biológico”, afirmou “Paulo”.

O casal queria duas crianças. Foi então que foram chamados ao Fórum pelo Juiz, que lhes falou sobre os quatro irmãos. “Então eu pensei: quem cuida de dois, três, pode cuidar de quatro!”, disse “Paulo”.

Os irmãos chamam os dois de pais e na comemoração do Dia das Mães quem recebe o presente é a babá. “Ela merece porque ajuda muito a gente. Deus colocou tudo na hora certa na nossa vida”, afirmou “Paulo”.

O juiz Paulo César Gentile, da Vara da Infância e da Juventude de Ribeirão Preto, disse que a tendência é que a guarda provisória evolua para adoção. “Sabemos que as crianças estão felizes e tudo corre em harmonia”, disse o juiz.

“Qualquer acolhimento sob forma de guarda, adoção ou tutela é um gesto de fraternidade. A lei determina que quem vai acolher a criança ou adolescente tem que ter condições adequadas e aptidão para isto. Qualquer consideração que passe pela opção sexual da pessoa é preconceito”, afirmou o juiz.

Outro caso que ficou conhecido foi publicado em 17 de janeiro de 2007 no jornal O Globo: um casal de Catanduva, interior de São Paulo, Vasco Pedro da Gama e Júnior de Carvalho, se tornou o terceiro casal homossexual a conseguir a adoção de uma criança, “Teodora”. Porém, antes eles preferiram fazer a adoção individual de “Teodora” por Vasco, e após pediram a adoção unilateral por Júnior<sup>209</sup>.

“Além de ser um reconhecimento da nossa união, a certidão de nascimento com os dois nomes dá um apoio a ‘Teodora’<sup>210</sup>”, explica Vasco.

---

<sup>209</sup> Reportagem publicada em 17 de janeiro de 2007 no Jornal O Globo. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/05/13/295738390.asp>>. Acesso em 11 junho 2008.

<sup>210</sup> Loc. cit

As sentenças favoráveis à adoção de crianças e adolescentes por homossexuais ainda figuram-se raras, contudo, esses casos são verdadeiros “leading cases” (casos avançados ou modernos), que abrirão caminho a outros semelhantes. A evolução da família é evidente e irreversível. Tudo é uma questão de tempo para haver regulamentação. Por outro lado, a Justiça não pode esperar a vontade do legislador, tem de antecipar-se a ela a fim de garantir o pleno exercício dos direitos individuais.

## **7. Conclusão**

Conclui-se que, em nosso ordenamento jurídico, não há nenhuma restrição de acesso a adoção, guarda ou tutela àqueles que optam por comportamentos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo. Porém, ainda há certa resistência da Ciência do Direito a alguns fatos sociais, como é o caso das uniões homossexuais ou homoafetivas.

Assim, como há uma reformulação do conceito de filiação, deixando de ser somente aquele modelo imposto pela da verdade biológica ou natural, abrindo vez também para aquela constituída pela ficção jurídica.

O estado de filho contribui para a criação de vínculo filiativo naquelas situações onde a filiação nasce da afetividade. A filiação não é mais decorrência de um laço institucional, o casamento.

Igualmente, nos tempos atuais, ocorre uma reformulação do conceito de paternidade. Hoje, ser pai vai além dos limites da carga genética. Ser pai requer disponibilidade, escuta, sensibilidade e tolerância.

Atualmente, muito se comenta a respeito de adoções tardias, inter-raciais e homossexuais, assim como a burocracia que envolve todo o processo.

Contudo, o importante mesmo é vencer preconceitos e mitos que afastam crianças da oportunidade de um desenvolvimento sadio junto a famílias substitutas, inclusive em lares compostos por casais do mesmo sexo, pois não há nada que substitua na vida de uma criança a organização familiar.

Havendo convivência de caráter familiar, a negativa de adoção veda a possibilidade do surgimento de um vínculo jurídico com ambos os parceiros que na realidade fática exercem papéis parentais, pais ou mães, o que ao invés de benefícios para a criança só lhe acarretará prejuízos, haja vista que os direitos de família, sucessórios ou previdenciários somente serão legítimos em relação àquele indivíduo que consta como o adotante.

Em nome do melhor interesse da criança, há de se reconhecer a existência de outras “famílias possíveis”, que não elencadas expressamente no art. 226 da Constituição, como relações de parentalidade e de convivência, aptas a produzir efeitos no mundo jurídico como instrumento de proteção para aqueles que estão em plena fase de desenvolvimento.

Assim, hoje, não há mais como se falar em família, mas em famílias.

O melhor interesse da criança, expressão largamente utilizada pelo poder judiciário, camufla dimensões constitutivas das situações que dão origem ao abandono e à conseqüente adoção de uma criança que são a violência de gênero e a iniquidade socioeconômica. Por outro lado, também em nome do superior interesse da criança, é possível a invisibilidade da orientação sexual do adotante.<sup>211</sup>

Atualmente, pode-se dizer que a adoção é um problema internacional, visto o grande contingente de crianças abandonadas, principalmente nos países mais pobres devido à miséria e o baixo nível de educação.

Tânia da Silva Pereira destaca que o grau de desenvolvimento de uma nação está certamente relacionado com a capacidade da sociedade e, autoridades públicas e privadas, em privilegiar a infância, garantindo, de forma prática, o acesso a uma família que lhe permita a subsistência e o exercício dos demais direitos e garantias fundamentais.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> UZIEL, Anna Paula. *Op. cit.*, p. 64

<sup>212</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção In: *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 4ª Ed. – 2 ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 127.



Abrir caminho para os casais homossexuais adotarem não é só questão de satisfazer o ego dos parceiros, uma vez que eles poderão dizer a todos que são pais de alguém. É acima de tudo uma questão humanitária e social, de caráter urgente em se retirar crianças e adolescentes das ruas e dos abrigos. É proporcionar a eles um futuro melhor do que aquele ao qual eles estariam destinados se estivessem amontoados em um orfanato. É proporcionar a eles o acesso à vida, ao afeto, à dignidade.

Somente o dinamismo jurídico é capaz de criar um conceito de paternidade e maternidade que atenda aos anseios sociais contemporâneos, contribuindo para a construção de uma sociedade mais livre, justa, fraterna e solidária, como prega a Carta Maior.

Após todo esse estudo, verifica-se que o debate em torno da adoção de crianças e jovens por casais homoafetivos não repousa no fato de se romper ou não com o atual sistema legal da ordem procriadora.

A polêmica está em se descobrir um novo modelo jurídico de parentalidade e filiação que correspondam aos princípios e normas do Direito de Família Contemporâneo, fincados, precipuamente, em nos alicerces: a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e do adolescente, a responsabilidade parental e a desbiologização dos vínculos paterno-materno-filiais.<sup>213</sup>

O reconhecimento legal dos lares homoafetivos como entidades familiares será, sem dúvida, a consagração do amor sem estigmas ou preconceitos, e, sobretudo, a garantia legal do acesso dos casais homossexuais à adoção sem alguma restrição, concedendo-se a muitos menores abandonados a chance de crescerem de forma saudável e feliz, cercados de afeto no seio de uma família.

A lei precisa assegurar o exercício da cidadania preservando o direito à liberdade, abandonando-se o fator punitivo embutido nas normas.

Na inação do Estado, a Justiça deve assumir o papel transformador da sociedade, acabando por quebrar tabus e estabelecer novos valores sociais.

---

<sup>213</sup> PERES, Ana Paula Barion. *Op. cit.*, p.34.

## 8. Referências

BARROS, SÉRGIO RESENDE DE, *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BÍBLIA SAGRADA, Velho Testamento: Genesis. Bíblia *On Line*, Disponível em <[www.bibliaonline.com.br](http://www.bibliaonline.com.br)> Acesso em 05 de maio de 2008.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO, Emenda Constitucional nº52, de 8 de março de 2008, *Vade Mecum* Saraiva, 2. ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

CHISTIANO, CRISTIANA, *Casal Gay ganha a guarda de quatro irmãos em Ribeirão Preto*, Net., Diário de São Paulo, 13 mai 2007. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/05/13/295738390.asp>>. Acesso em 11 junho 2008.

CÓDIGO CIVIL, Lei federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Vade Mecum* Saraiva, 2. ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

CURY, MUNIR (COORD.), *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*, São Paulo: Malheiros, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Net., Nações Unidas, Rio de Janeiro. Disponível em <[http://www.dudh.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=49&Itemid=59](http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59)>. Acesso em 19 maio 2008.

DIAS, MARIA BERENICE, *Conversando sobre Homoafetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_, (COORD); PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA (COORD), *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 4ª Ed. – 2. ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_, *Família Normal?*, Net, Maria Berenice Dias, Porto Alegre, dez. 2007, Disponível em <[www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br)>, Acesso em 16 maio 2008

\_\_\_\_\_, *Homoafetividade, o que diz a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_, *União Homossexual – o Preconceito e a Justiça*, 2. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_, *União homossexual Aspectos sociais e jurídicos*, Net, Bioética.Org. Buenos Aires. Disponível em <<http://bioetica.bioetica.org/doctrina17.htm>>. Acesso em 20 maio 2008.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei federal 8.069, de 13 de julho de 1990, *Vade Mecum* Saraiva, 2. ed, Rio de Janeiro: Saraiva. 2006.

GUEDES, LUÍSA. *Casais gays podem estar mais perto de garantir o direito à adoção*. Net. O Globo Online, 17 jan 2007. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/01/08/287334950.asp>>. Acesso em 11 junho 2008.

JABLONSKI, BERNARDO. *Identidade masculina e o exercício da paternidade: de onde viemos para onde vamos*. Net. Jus Navegandi. Teresina. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 09 abril 2008.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, Net, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em 19 jun. 2008, Acesso em 24 maio 2008.

\_\_\_\_\_, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além dos numerus clausus*, Net, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em 24 maio 2008.

LOPES, JULIANA; COHEN, VIVIANE, *Uma decisão inédita*, Net, Istoé Gente, 14 nov 2002. Disponível em <[http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia\\_chicao.htm](http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia_chicao.htm)>. Acesso em 16 de maio de 2008.

MORAES, ALEXANDRE DE, *Direito Constitucional*, 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas. 2003.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, 15. ed. rev. e atual., por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

\_\_\_\_\_, *Os Direitos do Homem concernentes à Família*, Rio de Janeiro: Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. 1974.

PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA (COORD.), *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*, Belo horizonte: Del Rey. 2004.

PERES, ANA PAULA ARISTON BARION, *A Adoção por Homossexuais – Fronteiras da Família Pós-modernidade*, Renovar: Rio de Janeiro. 2006.

PROJETO DE LEI Nº 1.151/95, Net, Grupo Arco-Íris, Rio de Janeiro, dez. 2005 Disponível em <<http://www.arco-iris.org.br>>. Acesso em 20 maio 2008.

REALE, MIGUEL. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, SILVIO, *Direito Civil – Direito de Família*, 28. ed. ver. e atual. , por Francisco José Cahali, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

SAMPAIO, ANA CECÍLIA CAMPOS, *Adoção de Crianças por Homossexuais*, Net, Rio de Janeiro, jul. 2005 Disponível em <<http://www.universocatolico.com.br>>. Acesso em 10 abril 2008.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VENOSA, SÍLVIO SALVO, *Direito Civil- Direito de Família*, 6. ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2006

UZIEL, ANNA PAULA, *Homossexualidade e Adoção*, Rio de Janeiro: Garamod, 2007.

**ANEXO: PROJETO DE LEI N.º 1.151, DE 1995**

## SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO

## PROJETO DE LEI N.º 1.151, DE 1995

Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1o. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2o. A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

§ 1o. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

- I. - declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;
- II. - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;
- III. - instrumento público do contrato de parceria civil.

§ 2o. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais

§ 3o. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3o. O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1o. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2o. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4o. A extinção da parceria registrada ocorrerá:

- I - pela morte de um dos contratantes;
- II. - mediante decretação judicial;

III. - de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5o. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

I. - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II. - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6o. A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7o. É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2o do artigo 2o desta Lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299o do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8o. Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais (...)

IX - os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo. Parágrafo

1o. Serão averbados: (...)

g) a sentença que declarar e extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros: (...)

III - E - de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do

casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 9. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I. - o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos desde;

II. - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

III. - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV. - se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3º, com a redação que se segue, passando o atual § 3º a § 4º:

"Art. 454. (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

Art. 15. O art. 113 da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113.

(...)

VI - ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira."

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em 10 de dezembro de 1996.