

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

VIVIANA DA SILVA GAMA RODRIGUES

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

RIO DE JANEIRO

2008

VIVIANA DA SILVA GAMA RODRIGUES

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

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.

Orientador: Prof. Flávio Alves Martins

RIO DE JANEIRO

2008

R6182a Rodrigues, Viviana da Silva Gama.
Adoção por pares homoafetivos / Viviana
da Silva Gama Rodrigues. - 2008.
93 f. ; 30 cm.

Orientador: Flávio Alves Martins.

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

Bibliografia: f. 69-74.

1. Adoção por homossexuais - Brasil. 2.
Homossexualismo. 3. Direito de Família -
Brasil. I. Martins, Flávio Alves. II.
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 346.810178
CDU 347.633

VIVIANA DA SILVA GAMA RODRIGUES

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

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 de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Flávio Alves Martins – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Adjunto Doutor UFRJ – Orientador

-

Ao meu amor, por estar sempre comigo nos momentos mais difíceis e desafiantes, com seu carinho, companheirismo, estímulo, generosidade, compreensão, paciência, lucidez e perspicácia, dando-me condições de prosseguir e vencer!

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Flávio Alves Martins, por ter acreditado neste trabalho, apresentando conselhos sempre úteis e precisos, proporcionado-me uma orientação segura.

Aos meus pais pelo constante incentivo aos estudos.

Ao meu namorado, grande amigo e companheiro, pelo apoio incondicional.

Aos meus irmãos que são a luz da minha vida.

Às amigas Luana, Bruna, Viviane, Cristiane, Mariana e Tatiane, pelo estímulo, pelo apoio e pela comunhão de momentos da vida, somente possíveis numa verdadeira amizade.

A todos aqueles que de alguma forma me ajudaram neste trabalho, principalmente, Carlos Eugenio Confort Lima, bibliotecário, que me ajudou com a ficha catalográfica e à professora Dulcineia Champion Lage.

Muito obrigada a todos vocês!

RESUMO

RODRIGUES, V. S. G. **Adoção por pares homoafetivos**. 2008. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Esta monografia procura apresentar a realidade de um tema atual e polêmico no Brasil: adoção por pares homoafetivos. Para melhor compreensão do tema, em primeiro momento, faz-se um breve histórico sobre a evolução dos modelos de família. Abordam-se as mudanças que ocorreram na família brasileira, mostrando-se os novos modelos atualmente existentes. No capítulo seguinte, além de um breve estudo do preconceito em relação ao homossexual no decorrer da história, com enfoque no princípio da igualdade, apresenta-se a aceitação à união homoafetiva no cenário internacional e no sistema jurídico brasileiro. Aborda o problema da adoção no Brasil, como também seus requisitos e sua finalidade, que é assegurar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária. No último capítulo, chega-se ao cerne desta monografia, a adoção por pares homoafetivos. Primeiro, procura abordar o problema que tem permeado a maioria das adoções por homossexuais no Brasil: quando um par homoafetivo deseja adotar, um dos homossexuais tem que ser escolhido para formalizar o pedido de adoção, mas, na prática, os dois acabam educando e criando juntos essa criança. Fica evidenciado que o vínculo entre a criança e o companheiro de seu adotante não encontra uma tutela jurídica adequada que preserve os melhores interesses do menor. Verifica-se, ainda, a possibilidade legal dos pares homoafetivos virem a adotar conjuntamente, apresentando estudos sobre a viabilidade psicológica da adoção por esse par e relatando as primeiras decisões judiciais favoráveis à adoção por pares homoafetivos.

Palavras-Chave: Adoção; Pares Homoafetivos; Homossexualidade; Família; Criança; Adolescente.

ABSTRACT

RODRIGUES, V. S. G. **Adoção por pares homoafetivos**. 2008. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to present the reality of a very up-to-date and polemic issue in Brazil: the process of legal adoption by homosexual couples. To better understand the subject, first, there is a brief history of the evolution of family models. It addresses the changes in the Brazilian family, showing up the new models currently available. In the next chapter, apart from a brief study of prejudice against the homosexual in the course of history, with focus on the principle of equality, shows the acceptance of homosexual unions in the international scene and in the Brazilian legal system. It addresses the adoption problems in Brazil, as well as adoption's requirements and purpose, which is to ensure the right of children and adolescents living with family and community. In the last chapter, the core idea of this monograph is reached, adoption by homosexual couples. First, it addresses the problem that has permeated with the most of the adoptions by homosexuals in Brazil: when a homosexual couples wants to adopt, one of homosexuals has to be chosen in order to formalize the petition for adoption, but, in practice, both raise this child together. It becomes evident that there is not an appropriate legal protection to the bond between the child and the partner of his adopter that preserves the best interests of the minor. There is also the legal possibility of homosexual couples will adopt jointly, presenting studies about such adoption's psychological viability by the couple and gives an account of the first favorable judicial decisions about adoption by homosexual couples.

Keywords: Adoption; Homosexual Couples; Homosexuality; Family; Child, Adolescent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA FAMÍLIA E SUA TRANSFORMAÇÃO NO DIREITO	11
2.1 Síntese histórica.....	11
2.2 Visões psicológica e cultural da família.....	16
2.3 Enfoque jurídico: a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	17
3 HOMOSSEXUALIDADE	20
3.1 Panorama histórico sobre a visão da sociedade em relação ao homossexualismo.....	20
3.2 O princípio jurídico da igualdade e a homossexualidade.....	22
3.3 A união homoafetiva, o cenário internacional e o sistema jurídico brasileiro.....	24
4 ADOÇÃO	34
4.1 Histórico da adoção.....	34
4.2 Requisitos e critérios da lei brasileira.....	38
4.3 O direito à convivência familiar e comunitária.....	41
5 ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS	45
5.1 Da família monoparental homossexual à biparental substituta: realidade social e melhor interesse do menor.....	45
5.2 Deferimento do pedido de adoção ao par homoafetivo: adequação do ordenamento jurídico à realidade social.....	49
5.3 Viabilidade psicológica da educação pelo par homoafetivo.....	53
5.4 Primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro.....	58
6 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	69
ANEXO(S).....	75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado *Adoção por pares homoafetivos*, objetiva refletir sobre a possibilidade legal dos homossexuais que vivam numa parceria homoafetiva virem a adotar uma criança ou um adolescente. No Brasil, tivemos algumas recentes decisões judiciais inéditas viabilizando a adoção por casais homossexuais, mas estas foram apenas um marco face a grandeza do problema. Entretanto, inúmeras decisões vêm deferindo adoções a uma só pessoa de orientação homoafetiva, mesmo esta não escondendo a sua orientação sexual ou afirmando que convivia com outra pessoa do mesmo sexo no mesmo ambiente afetivo.

É necessário que se faça inteira justiça com relação à realidade hipócrita que ainda tem permeado a maioria dos Juizados de Infância e Juventude do país: quando um par homoafetivo preenche os requisitos caracterizadores de uma família, como estabilidade, ostensibilidade e traços afetivos sólidos, e deseja adotar, um(a) dos(as) homossexuais tem que escolher qual deles(as) formalizará o pedido de constituição do vínculo definitivo da paternidade/maternidade para com o(s) menor(es), mediante adoção, e os(as) dois(duas), após o deferimento, acabam educando e criando juntos essa criança, que, de fato, já está inserida em seu lar substituto biparental (e não monoparental, como muitos magistrados falsamente preferem continuar vendo, pois não crêem que duas pessoas do mesmo sexo, possam se amar e serem felizes, convivendo juntas e formando uma família).

Fica evidenciado, portanto, que o vínculo afetivo entre a criança ou o adolescente e o(a) companheiro(a) do seu pai ou da sua mãe não encontram uma tutela jurídica adequada que preserve os melhores interesses dos menores inseridos nessas famílias.

Na medida em que o objeto do estudo do direito é a regulação dos fatos e dos comportamentos existentes na sociedade, a evidência dessa nova forma de família, composta por homossexuais e filhos, impulsiona a verificação de quais são os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para que se faça a legitimação jurídica dessa demanda social.

O direito não é só um mero regulador da ordem estabelecida, mas também é um instrumento apto a reconhecer o direito daqueles que estão excluídos do acesso ao sistema legal, garantindo a cidadania de todos num verdadeiro Estado de Direito.

Qual seria a impossibilidade jurídica do pedido de adoção por um par homossexual? Deve ser oferecida uma resposta de natureza jurídica. Para tanto, devem ser utilizados como marcos legislativos a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8069/90) e o Código Civil de 2002. A adoção de uma criança ou de um adolescente

por um par homossexual deve ser possível, portanto, se não houver critérios impeditivos da adoção pela lei brasileira, em virtude da opção sexual do adotante. É necessário vencer o preconceito e conservadorismo da sociedade, religiosos, operadores do direito, técnicos do Judiciário e legisladores, pois argumentar sob uma ótica religiosa ou sob uma moral conservadora, não é postura de operador do direito, comprometido com a proteção dos direitos fundamentais.

As adoções por pares homoafetivos constituem, portanto, um problema social extremamente relevante, na medida em que o tema é bastante polêmico e também porque se mostram raras as pesquisas no campo jurídico sobre o assunto.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, embora ainda não reconhecidas pelo direito, tornaram-se uma realidade cada vez mais visível e mais difícil de ser ignorada, estando, dentro de suas reivindicações, o direito de poder exercer a paternidade e a maternidade.

É imprescindível que o direito seja reconhecido como instrumento de regulamentação de toda a sociedade, não privilegiando nenhum grupo social e mantendo-se permeável a maior gama possível de informações e conhecimentos, a fim de viabilizar normas que atendam aos interesses de todos os cidadãos e estejam em consonância com o momento social, econômico, político e cultural em que vivemos.

Portanto, deve o Poder Judiciário atuar de acordo com os desejos da sociedade e apontar para a viabilidade da adoção por um par do mesmo sexo, que apresente estabilidade, ostensibilidade e traços afetivos sólidos, caracterizadores de uma família. O importante é que cada caso seja avaliado em concreto.

Este trabalho tem como objetivo levantar uma polêmica atual, provocar uma maior reflexão dos preconceitos existentes na sociedade brasileira e, ao mesmo tempo, levantar em favor dos melhores interesses dos menores, hoje, totalmente abandonados, uma real possibilidade de viverem em um ambiente familiar; servir, ainda, como base para futuras alterações na legislação, e possibilitar, quem sabe, no futuro, a legitimação das adoções realizadas por pares homoafetivos.

Visa-se, portanto, verificar se há impossibilidades jurídicas à adoção por pares homoafetivos e, principalmente, criar uma reflexão para aqueles que são responsáveis pela aplicação do direito, sobre a necessidade de se aceitar o homossexual como diferente, mas como ser humano, capaz de amar e ser amado, como uma pessoa capaz de fornecer a uma criança um ambiente familiar adequado.

Em face da proposta de pesquisa apresentada, o estudo está dividido em quatro capítulos. O primeiro, intitulado “Da família e sua transformação no direito”, aborda o

processo de transformação do organismo familiar. Com o passar do tempo, a família abandonou a sua característica de ordem autoritária e hierarquizada para, com o advento da nova ordem constitucional, se firmar como uma instituição de afeto e cooperação, em busca do desenvolvimento pessoal de seus membros. Foram abordadas as mudanças que ocorreram na família brasileira, mostrando os novos modelos atualmente existentes, diferentes do modelo tradicional, entre eles, a família homoafetiva.

O segundo capítulo trata da homossexualidade. Sendo dado enfoque na evolução que o conceito de homossexualidade foi tendo ao longo da história e do direito. Apresenta-se, ainda, a construção do novo conceito de homossexualidade, que passou de pecado e crime à doença e, hoje, é visto como uma reivindicação legítima de quem assim se percebe. Versou-se sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com base no princípio da igualdade, no cenário internacional e no sistema jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo trata da adoção propriamente dita, realizando-se uma rápida digressão do instituto e das suas razões de existência no tempo, até chegar à adoção nos moldes e com os fins estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que aponta os requisitos legais para a concessão da adoção de uma criança no Brasil. Por fim, volta-se para a pessoa da criança e do adolescente, considerando-os como novos sujeitos de direitos, o que lhes confere o direito de receberem a tutela prioritária do Estado. Aborda-se, ainda, o direito à convivência familiar e comunitária, assim como sua ausência, revertida no abandono das crianças institucionalizadas.

O último capítulo dessa monografia é o mais importante e aponta para a possibilidade jurídica da adoção pelo par homoafetivo. Procurou-se confrontar a realidade social de exclusão e marginalidade a que é submetido o filho adotado por apenas um dos conviventes, quando do término da relação homoafetiva, seja pela separação ou pela morte, com as reais vantagens de ser juridicamente filho de dois pais ou duas mães. Procurou-se analisar as pesquisas existentes na área da psicologia que apontam para o bom desenvolvimento das crianças inseridas em famílias biparentais homoafetivas. Por fim, procurou-se apresentar as recentes e inéditas decisões judiciais brasileiras que permitiram a adoção por pares homoafetivos e reacenderam as polêmicas sobre o instituto.

A adoção por um par homoafetivo pode ajudar a acabar com a ferida do abandono, assegurando a esses “pequenos” e frágeis cidadãos uma convivência familiar, no campo social, circunscrevendo-se o reconhecimento de que aquela criança é considerada e amada por uma família, que a ela se dedica e com o seu progresso e crescimento sonha.

2 DA FAMÍLIA E SUA REPRESENTAÇÃO NO DIREITO

2.1 Síntese histórica

A palavra FAMÍLIA, dentre os diversos organismos jurídicos e sociais, no decorrer dos tempos, teve seu conceito e compreensão extremamente alterados. Apesar desta palavra ser, atualmente, de uso tão comum e com um significado tão próximo de nossa realidade, o estudo de suas origens é altamente polêmico.

As primeiras formas de família existentes na humanidade têm instigado os pesquisadores, já que inexistem registros que documentem as relações familiares anteriores à família romana. Seus estudos, portanto, são inspirados muito mais em conceitos sociológicos, naturalistas, do que, jurídicos.

As duas principais teorias existentes sobre o assunto são: a *matriarcal* e a *patriarcal*. A primeira defende que, em um período primitivo, a promiscuidade teria sido comum, e que todas as mulheres e homens pertenceriam uns aos outros. A segunda, que inexistiu esse período de promiscuidade e que o pai sempre foi o centro da organização familiar.¹

Em sua obra sobre a origem da família, Friedrich Engels, com base nas investigações de Lewis Henry Morgan, descreve que no estado primitivo das civilizações, o conceito de família era de uma entidade ampla e hierarquizada, não se assentando o grupo familiar em relações individuais. As relações sexuais, portanto, ocorriam entre todos os membros da tribo.²

Isso permitiria afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, visto que, apenas a mãe era conhecida, cabendo a ela alimentar e educar seus filhos.

Posteriormente, as guerras, a carência de mulheres e, até mesmo, uma inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos. Esse fenômeno é a primeira manifestação contra o incesto no meio social, passando a ser condenadas as relações sexuais entre pais e filhos e, mais tarde, também entre irmãos.

No curso da história, o homem passa a viver relações individuais, com caráter de exclusividade, embora, ainda, algumas civilizações mantivessem situações de poligamia.

¹ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 1. ed. Curitiba: [JuruáJuror](#), 2005. p. 22.

² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002 *apud* Loc. cit.

Destarte, o certo é que a civilização ocidental vem vivendo, já há muito tempo, sob a forma patriarcal, cujos traços distintivos podem, ainda hoje, ser identificados, na prática, na vida social, principalmente nas classes menos favorecidas.

Em princípio, a família monogâmica tinha a característica de uma unidade de produção. Com a Revolução Industrial, perdendo seu papel econômico, a família passa a ser uma instituição em que se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.³

Na Babilônia, por exemplo, a família fundava-se no casamento monogâmico. Mas, permitia-se ao marido procurar uma esposa secundária, caso a primeira mulher não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave. Naquela época, a procriação era a finalidade principal do casamento.

Segundo Venosa⁴, na Roma Antiga, a família era organizada sob o comando do *paterfamilias*, com base no princípio da autoridade, e este era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, exercendo seu poder sobre a mulher, os filhos e o patrimônio familiar, inclusive os escravos.

No Direito Romano, assim como no grego, o sentimento, embora pudesse existir, o nascimento ou a força física não eram o elo de ligação dos membros da família. O poder se encontrava na religião doméstica e no culto dos antepassados. A instituição fundava-se no poder paterno ou marital.

Os irmãos e irmãs tinham direitos diferenciados. O *pater* podia nutrir um imenso sentimento por sua filha, mas nenhum patrimônio poderia lhe deixar. Assim como, o filho emancipado e a filha casada eram totalmente excluídos da família. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas.

O *pater* podia, ainda, unilateralmente, repudiar sua esposa, visto que a dissolução do casamento se dava com a mera intenção do marido de que o casamento terminasse.

A família era uma corporação poderosa, ligada à religião e à política da comunidade, cabendo ao *paterfamilias* decidir sobre qualquer questão surgida no seio da família, tendo sobre seus membros poder de vida e morte.

Era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Daí a importância da adoção naquela época, como forma de perpetuar o culto, na impossibilidade de

³ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3.

⁴ Loc. cit.

assim o fazer o filho natural. Da mesma forma, o celibato era considerado uma desgraça, pois colocava em risco a continuidade do culto.

Ainda segundo Venosa, o Cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, pondo em relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cercanda-a de solenidade perante a autoridade religiosa. Não bastava, portanto, gerar um filho, este deveria ser fruto de um casamento religioso. O filho bastardo ou natural não poderia ser o continuador da religião doméstica.⁵

Ao longo do tempo, o poder do *pater* sofreu alguns abrandamentos, aumentando a importância da família natural, baseada no casamento e nos laços de sangue, atribuindo-se maior força ao parentesco sangüíneo do que ao parentesco adquirido pelo casamento ou pela adoção, predominante até então.

Segundo Vera Lucia Sapko⁶, com o declínio da civilização greco-romana no Ocidente, passou a existir o sistema de represálias familiares, passando a lutar os clãs em busca de poder ou de vingança. Com isso, os grupos familiares foram se fortalecendo e arrematando patrimônio e poder, o que deu origem às chamadas linhagens, que se espalharam por toda a Europa. O sentimento de família permaneceu enfraquecido, baseando-se nos laços de linhagem, predominava o poder do ancestral mais velho de um clã.

Durante todo o século XIII, com os progressos da autoridade do Príncipe e da segurança pública, e com as mudanças na economia monetária e na extensão da propriedade, houve o enfraquecimento da solidariedade de linhagem e o início das divisões patrimoniais. A família ganhou importância e o poder do *pater* ganhou força nos próximos séculos.⁷

Entretanto, com a instituição do direito à primogenitura, voltou-se a indivisão do patrimônio, não mais se concentrando o poder no chefe da linhagem, mas pela garantia de que seria destinado, integralmente, ao filho mais velho.

A posição da mulher foi mais enfraquecida, cessando a comunhão dos bens entre o casal, restringindo-se sua atuação no espaço doméstico. É importante ressaltar que, por volta do século XII, passaram a existir perseguições contra as mulheres que trabalhavam com partos, abortos, ervas e curas, que passaram a ser denominadas feiticeiras, bruxas, o que foi motivo para justificar a caça e a execução destas mulheres, no período da Inquisição. Por outro lado, neste período, surgiu a chamada “literatura do amor cortês”, que exaltava as

⁵ Ibidem. p.4.

⁶ SAPKO, Vera Lucia da Silva. Op. cit. p. 26.

⁷ Loc. cit.

mulheres das classes dominantes, em imenso contraste com o sofrimento das mulheres denominadas feiticeiras.⁸

No século XVI, as linhagens ficaram enfraquecidas e passou a surgir a família com os contornos modernos, como célula social, base dos Estados e fundamento do poder monárquico.

No século XV, surgiu um movimento intelectual denominado Renascimento, que teve seu ápice no primeiro quarto do século XVI. Este movimento caracterizou-se pelo estudo direito da Antigüidade Clássica pelos humanistas e não mais por meio dos estudos cristãos.

Os grandes Estados, como a Inglaterra, França e Espanha, unificaram-se para questionar as pretensões do Papa e do Imperador. A denominada “era das técnicas” revelou um homem auto-suficiente livre para buscar por si o próprio caminho.

No século XVIII, uma invenção mudaria radicalmente a vida social e econômica da humanidade: a máquina a vapor. A produção artesanal passou a ser substituída pelas máquinas, dando início à Revolução Industrial.

A família que, até então, não tinha um espaço próprio, passou a manter a sociedade à distância, ganhando maior espaço para a intimidade, reduzida aos pais e filhos. A mulher concentrou-se, ainda mais, no espaço doméstico e no cuidado com os filhos. As famílias e as classes passaram a unir pessoas com identidade de estilo de vida e semelhança de valores morais, ao contrário do antigo corpo social, que englobava uma variedade de idades e condições.

No século XIX, nasceram os primeiros movimentos feministas, que buscavam, primordialmente, o direito ao voto, entendendo que isso viabilizaria as demais reivindicações feministas; e às melhores condições de trabalho.

Na década de vinte, com a profissionalização das atividades filantrópicas e com o desaparecimento dos empregados domésticos, as mulheres tiveram que retornar à posição de mães e donas-de-casa em tempo integral. Aliado a isto, notou-se um deslocamento das preocupações feministas que passaram da participação política ao seu próprio prazer.

Na década de sessenta, os movimentos feministas voltaram a ter espaço na vida pública, culminando com inúmeras conquistas. É a partir deste período,

que a família passou, efetivamente, a privilegiar as relações de afeto, a autenticidade, a sinceridade, a paridade, o amor e a compreensão, unindo, durante um certo tempo, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou de relações sexuais, mas na qual a transmissão da autoridade vem se tornando cada vez mais complicada na medida em que se tornam cada vez mais frequentes as separações,

⁸ Ibidem. p. 27.

divórcios e recomposições familiares, demonstrando serem ainda instáveis as relações entre os sexos.⁹

Atualmente, a escola e outras instituições de educação e esporte passaram a preencher outras atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. As profissões não são mais transmitidas de pai para filho dentro dos lares ou das corporações de ofício. A educação cabe ao Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não é mais ministrada em casa e, devido à multiplicidade de seitas e credos cristãos, não há mais uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes e idosos foram assumidas pelo Estado.

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família, o que acabou por restringir o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos.

No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Os filhos passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar. A longevidade maior decorrente das melhores condições de vida permite que várias gerações convivam, o que gera igualmente problemas sociais e previdenciários nunca antes enfrentados.

Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios.

As uniões sem casamento, apesar de já serem muito comuns, só agora passaram a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias.

Na década de setenta, em toda a civilização ocidental, viu-se surgir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma simbiose de proles.

O controle e o descontrole da natalidade são facetas do mesmo fenômeno. Enquanto nas sociedades mais desenvolvidas há um maior controle da natalidade, o que dificulta a sustentação do Estado e da família; nas sociedades menos desenvolvidas, o descontrole da natalidade agrava os problemas sociais decorrentes deste fenômeno, aumentando a miséria das nações pobres. Por isso, as emigrações étnicas para os países desenvolvidos criam novas células familiares, com novos valores, o que gera uma dificuldade de assimilação pelos cidadãos de sua nova pátria.

⁹ Ibidem. p. 33.

Pares homoafetivos vão paulatinamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família serão amplamente modificados, principalmente, pelo desenvolvimento tecnológico que demonstra hoje ser possível a certeza da paternidade biológica, a fecundação artificial, a clonagem de seres humanos etc.

2.2 Visões psicológica e cultural da família

A família como uma das formas de expressão da afetividade, deve ser estudada sem preconceitos, prejulgamentos infundados, é necessário que se tenha uma visão além dos aspectos religiosos ou institucionais seculares.

Além de um agrupamento humano baseado em laços sangüíneos e/ou afetivos, a família é um produto cultural e um espaço psíquico, menos institucional ou biológico-sexual.

Pode-se dar como exemplo a decadente família patriarcal, que foi erigida culturalmente à condição de modelo ideal e indissolúvel de entidade familiar, mas que não passa de um reforço ideológico de todo um aparato político-religioso.

Seja por meio do casamento, da união estável, da relação monoparental ou da união homoafetiva, as formas da afetividade se expressar, exprimem o desejo das pessoas de constituírem uma família, como reflexo das suas orientações afetivo-sexuais e, até mesmo, independente dessas.

O ponto principal da relação familiar é, pois, o desejo, que atrai os familiares por meio de relações complexas e os encaminha ao exercício de papéis moldados pela cultura de determinado momento histórico.

Enfocando-se a família como realidade ou dado psíquico, constata-se que a relação socioafetiva é muito mais relevante que a biológica, pois é o amor e a feição recíproca que marcam o liame de respeito entre os seus membros.

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas subsidiariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes sua causa originária e final, haverá família.

Com base nas palavras do professor Enézio de Deus,

a união duradoura, mutuamente correspondida e justificada pelo amor, entre dois seres humanos, independente das suas orientações afetivo-sexuais, configura teia familiar merecedora de respeito e de tutela jurídica – assim como já recebeu, pelo legislador pátrio, a convivência entre qualquer dos pais (seja homossexual, heterossexual ou bissexual) e a sua prole, natural ou adotiva (CF, art. 226, §4º).¹⁰

Como as famílias homoafetivas afastam-se dos padrões familiares (cultural e ideologicamente institucionalizadas como mecanismo de poder, para a manutenção do modelo patriarcal, hierarquizado – pai, mãe e filhos), elas esbarram em preconceitos infundados, como se o modelo heterossexual de família fosse o único viável.

2.3 Enfoque jurídico: a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família vem sofrendo profundas transformações, com o reconhecimento, cada vez maior, da existência do pluralismo de entidades familiares.

Segundo os últimos dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE são realidades familiares brasileiras, entre outras:

- a) homens e mulheres casados, com filhos biológicos e/ou adotivos;
- b) homens e mulheres, que vivem em união estável, com filhos biológicos e/ou adotivos;
- c) pais ou mães, com filhos biológicos e/ou adotivos (comunidades monoparentais);
- d) grupos de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- e) uniões homoafetivas, com filhos biológicos de um deles e/ou adotivos;
- f) uniões concubinárias.

Algumas destas espécies de família, o casamento, a união estável e a comunidade monoparental, estão previstas na Constituição Federal e no Código Civil, mas as demais não estão contempladas explicitamente no ordenamento jurídico.

Entre todos estes exemplos, há características comuns, sem as quais não se configuram as entidades familiares, entre elas: *afetividade* (fundamento e finalidade da entidade), *estabilidade* e *ostensibilidade*.

¹⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 42.

A Constituição Federal, no seu artigo 226, prevê o conceito de família no Direito Brasileiro. A interpretação dominante que os civilistas têm deste artigo é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Esse entendimento tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração das demais entidades.

A exclusão não está na Constituição Federal, mas, sim, na interpretação. No *caput* do artigo 226, não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria nas Constituições Brasileiras anteriores. Ao suprimir a expressão “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, a cláusula de exclusão desapareceu. Mesmo que, em seus parágrafos, a Constituição se refira a determinados tipos de família, não significa que se reinstituíu a cláusula de exclusão, mas apenas atribuiu-lhes certas conseqüências jurídicas.

O *caput* do artigo 226 é, portanto, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de *afetividade*, *estabilidade* e *ostensibilidade*.

A regra do §4º do artigo 226 confirma o sentido de inclusão do artigo, pois o termo “também” nela contido, tem o significado de igualmente, da mesma forma, sendo prestigiado o melhor sentido para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares não explícitas.

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família que é constitucionalmente protegida, mas o local indispensável para a realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

A família deve ser vislumbrada, portanto, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente à luz dos princípios da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e da afetividade.

No que tange ao Código Civil (Lei 10406/02), mostra-se evidente a tendência do legislador em restringir a relação jurídica de Direito de Família à oriunda da celebração do casamento. No seu Título I, intitulado “Direito Pessoal”, dedica-se todo o Subtítulo I às disposições sobre o casamento, e o Subtítulo II, às relações de parentesco, não se verificando uma preocupação em estabelecer normas gerais de inclusão, como fizera o constituinte.

O Título III apresenta a união estável, nos moldes do artigo 226, §3º, da Constituição Federal e da Lei 9278/96, principalmente quanto à diversidade de sexos. O novo diploma,

entretanto, silenciou-se quanto à família homoafetiva e as demais entidades familiares asseguradas pela Constituição Federal. Sanar-se-á tal omissão, por meio de uma interpretação da Lei 10406/02, à luz da Carta Magna e da jurisprudência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) também traz uma análise da família, tendo-se em vista seu espírito norteador e protetivo dos menores. Visando efetivar o princípio da “proteção integral à criança e ao adolescente” (ECA, art. 1º), a Lei 8069/90 possibilita o reforço dos vínculos parentais, pela valorização socioafetiva, por meio, por exemplo, da colocação de menores em “família substituta” (ECA, art. 28 e ss). Tal legislação está de acordo com os princípios constitucionais inclusivos, portanto, pois vislumbra o ente familiar independente de qualquer restrição discriminatória, desde que se apresente como um local afetivamente adequado à situação peculiar de desenvolvimento dos menores. Independente de ser “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (ECA, art. 25), de serem os genitores heterossexuais ou homossexuais, a prole biológica, ou inserida pela guarda, tutela ou adoção, este diploma não discrimina a entidade familiar.

No próximo capítulo, o enfoque será dado na evolução que o conceito de homossexualidade foi tendo ao longo da história e do direito. Percorrer-se-á a construção do novo conceito da homossexualidade, o qual passou de pecado e crime à doença até chegar a se constituir numa reivindicação legítima de quem como homossexual se percebe. Com base no princípio da igualdade, este capítulo versará ainda sobre o reconhecimento da união homoafetiva, no cenário internacional e no sistema jurídico brasileiro, como entidade familiar.

3 HOMOSSEXUALIDADE

3.1 Panorama histórico sobre a visão da sociedade em relação ao homossexualismo

Não constitui uma preocupação do presente trabalho a identificação das causas que levam à homossexualidade; parte-se, portanto, da realidade social, onde a existência da identidade sexual é um fato e, como tal, deve ter relevância para o direito, pois este é incumbido de regular as condutas que se estabelecem na vida privada da sociedade. Entretanto, julga-se necessária uma breve análise da evolução histórica que o conceito da homossexualidade sofreu e sofre até a contemporaneidade.

A homossexualidade sempre existiu desde as civilizações mais antigas. Vista com naturalidade na Grécia Antiga e admitida em Roma, a homossexualidade tornou-se uma conduta pecaminosa e perseguida na Idade Média, chegando à modernidade como desvio patológico, e sendo vista, ainda hoje, nos países muçulmanos, como crime, punido com a morte, dada a sua gravidade.

Tomou maior proporção entre os gregos, pois além de relacioná-la à carreira militar (acreditava-se que o esperma transmitia o heroísmo e a nobreza dos grandes guerreiros) e religiosa, também atribuíam à homossexualidade fatores como a intelectualidade, ética comportamental e estética corporal (os atletas competiam nus, sendo vedada a presença de mulheres, pois estas não eram capazes de apreciar o belo).

Em regra, a homossexualidade era considerada superior ao relacionamento heterossexual. Platão, ao falar sobre o mito da origem dos três sexos, mais especificamente sobre os “homens que sentem grande prazer em deitar-se e serem abraçados por outros homens”, reforçava esta visão:

Há quem pretenda que eles não têm vergonha. Não é verdade: pois não é por imprudência, mas por audácia, coragem e virilidade, que eles assim procedem, amando o que lhes é semelhante. E eis uma prova decisiva: quando atingem seu completo desenvolvimento, os jovens que possuem esta natureza são os únicos a se portarem como verdadeiros servidores do Estado.¹¹

Em Roma, igualmente, o homossexualismo era aceito, estando presente, principalmente, na literatura. Entretanto, apenas a homossexualidade ativa era praticada ostensivamente, visto que a passiva era associada à impotência política.

¹¹ PLATÃO. **Banquete**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, *apud* SAPKO, Vera Lucia da Silva. Op. cit. p. 54.

O preconceito e a intolerância a estas práticas tiveram início na Idade Média, alicerçada, basicamente, nas religiões, pois, para a maioria delas, todas as relações sexuais deveriam dirigir-se apenas à procriação.

A homossexualidade é considerada pela Igreja Católica como uma transgressão, uma verdadeira perversão. Maria Berenice Dias aponta a concepção da Igreja Católica de que:

Toda atividade sexual com uma finalidade diversa da procriação constitui pecado, infringindo o mandamento “crescei e multiplicai-vos”. Daí a condenação ao homossexualismo masculino: haver perda de sêmen, enquanto o relacionamento entre mulheres era considerado mera lascívia.¹²

A Santa Inquisição tornou crime o homossexualismo, por meio do III Concílio de Latão, de 1179. Até a década de 60, a homossexualidade era considerada crime entre os ingleses, e assim o é, até os dias atuais, nos países islâmicos.

Na Idade Média, principalmente a partir da metade do século XVII, surgiu-se uma sociedade homofóbica, frente às mudanças sociais ocorridas com o afrouxamento dos laços entre o Estado e a Igreja. Na Segunda Guerra Mundial, os homossexuais foram perseguidos e cruelmente assassinados pelos nazistas tanto quanto os judeus.

Posteriormente, os homossexuais passaram a ser tratados como doentes, não mais como criminosos. Em 1869, o médico húngaro Karoly Benkert manifestou-se em defesa dos homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas na Alemanha do Norte. Em carta enviada ao Ministério da Justiça da Alemanha, ele defendia a idéia da homossexualidade como algo inato na pessoa, não podendo ser adquirido e assim desvinculado das questões de preferência pessoal, portanto, não merecedor de juízos condenatórios por ser classificado como contrário à ordem moral e religiosa.¹³

A classificação da homossexualidade como doença evitou muitas atrocidades contra os homossexuais de então, que eram maltratados, torturados e até condenados à morte por conta de sua sexualidade. Também, despertou no meio médico e científico um interesse em pesquisas sobre o comportamento e a sexualidade humana, descortinando uma nova perspectiva para o sexo que não somente os fins procriativos.

Anos após, o relatório Kinsey de 1948, extraído de uma pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos, tornou-se um novo marco para a discussão do tema. Alfred Kinsey ao apresentar suas conclusões afirmou:

a idéia de que a orientação sexual é na realidade uma gama de comportamentos e identidades e não uma condição, de que a homossexualidade é uma das muitas

¹² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25 e 26.

¹³ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica a adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 67.

variações normais do comportamento sexual humano restou comprovado pelos vários estudos realizados.¹⁴

O relatório Kinsey abriu a discussão para a descaracterização da homossexualidade como doença passível de tratamento, abrindo um novo espaço de reivindicação social para os homossexuais livrarem-se do paradigma de sujeitos sexualmente doentes e inferiorizados, que sofriam preconceitos e discriminações no meio familiar e social.

Mais de duas décadas depois, em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade dos denominados distúrbios mentais. Essa “despatologização” da homossexualidade foi decorrência direta do movimento de liberação homossexual americano proeminente do final da década de 60 e início dos anos 70.

Felizmente, há pouco mais de dez anos, o homossexualismo foi retirado da Classificação Internacional de Doenças (CID) pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Hoje, especialistas consideram que a homossexualidade trata-se de uma “mistura de fatores, resultado de influências biológicas, psicológicas e socioculturais, sem peso maior para uma ou para outra – nunca uma determinação genética ou uma opção racional.”¹⁵ Com certeza, se fosse questão de escolha, dificilmente essa opção sexual seria escolhida por alguém, pois traz consigo muito sofrimento devido ao preconceito e discriminação que, apesar de terem diminuído bastante, ainda existem.

Em manifestação recente, o Vaticano se posicionou de forma radical totalmente contra o homossexualismo e a adoção de crianças por pares homossexuais, alegando ser uma agressão irreversível a elas. Aconselhou a todos os parlamentares católicos da Itália, bem como dos outros países, a votarem contra leis que pudessem regularizar a união civil de pares homossexuais e a adoção de crianças. Completou ainda que reconhece o sofrimento de quem tem esse tipo de orientação sexual, mas que entende que eles devam optar pela castidade.

As questões envolvendo os direitos dos homossexuais estão diretamente vinculadas ao crescimento de valores sociais de igualdade, liberdade e pluralidade social. Quanto mais evoluído for o conceito de cidadania que uma sociedade tem em relação a todos, mais esse fenômeno se acentua, pois a proteção dos direitos das minorias está correlata e diretamente ligada à evolução da consciência social da maioria.

3.2 O Princípio jurídico da igualdade e a homossexualidade

¹⁴ HOPCKE, Robert H. **Jung, junguianos e a homossexualidade**. Tradução de Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1989, *apud* GIRARDI, Viviane. Op. cit. p. 68.

¹⁵ ANTUNES, Camila. A força do arco-íris. **Revista Veja**. São Paulo, ano 36, n. 25, p. 72-81, 25 jun. 2003.

A questão da igualdade tem grande destaque nas sociedades contemporâneas, na busca do equilíbrio não só entre liberdade e igualdade, mas também, entre a igualdade e o direito à diferença, onde estão enquadrados os direitos dos homossexuais.

Contemplamos, na atualidade, desigualdade e exclusão social emanadas de grupos da sociedade que impõem sua linguagem, ideologias e crenças, que determinam a marginalização de tudo que não lhes convêm.

Como bem define Ana Cristina Santos:

O direito à diferença exige a especificidade sem desvalorização, a alternatividade sem culpabilização, a aplicação rigorosa de um imperativo categórico assim enunciado por Boaventura de Souza Santos: 'temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza'.¹⁶

Na medida em que o caso concreto é posto diante do sistema jurídico ocorre o choque entre o princípio da igualdade e as diferenças oriundas da realidade social, pois não há igualdade real entre as pessoas que a norma positivada pretende igualar.

A verdadeira igualdade, a igualdade relativa, resulta na possibilidade do tratamento igualitário, sendo necessário, para tanto, considerar as diferenças presentes, pois, do contrário, se resultará em grandes desigualdades, ao invés de equiparar os não-iguais a partir das diferenças neles existentes.

Entretanto, essas diferenças não podem ser fruto de uma cultura preconceituosa, mas devem ter fundamentação jurídica relevante, pois não se pode permitir que o tratamento juridicamente diferenciado se preste como mecanismo a acirrar as desigualdades, mas sim a permitir o exercício legítimo da diferença. O tratamento diferenciado não deve e não pode reduzir os direitos das minorias, deve ampliá-los, por isso, para que haja um tratamento diferenciado, deve-se estar diante de uma fundamentação jurídica rigorosa.

O princípio isonômico em relação aos homossexuais estará violado quando a homossexualidade for utilizada como um critério discriminatório, sem justificativas racionais, as quais encontram sua base nos valores estabelecidos na ordem constitucional, especialmente nos direitos fundamentais.

No Brasil, o tratamento dado à homossexualidade é repleto de uma ideologia de reprovação, exclusão e discriminação. As uniões homoafetivas não são reconhecidas, sendo

¹⁶ SANTOS, Ana Cristina. **Orientação sexual em Portugal:** para uma emancipação. *In:* Boaventura Sousa (Org.). **Reconhecer para Libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 339.

raras as decisões favoráveis a elas, como a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que conferiu direito a casal homossexual de habilitarem-se como companheiros preferenciais junto à Previdência Social.¹⁷

Em relação à faculdade do exercício da paternidade (ou maternidade), considerado como direito subjetivo de todo e qualquer cidadão e assegurado, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pelo princípio da igualdade, é juridicamente possível que os casais homossexuais busquem na adoção de crianças o meio para exercer sua paternidade. Ao mesmo tempo, tal direito subjetivo viabiliza a concretização do princípio constitucional assegurado à criança e ao adolescente de convivência familiar e comunitária, ou seja, efetiva um direito que a sociedade entendeu como fundamental a toda criança, que é o direito a pertencer a uma família nos moldes do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Esse direito à adoção por pares homoafetivos, embora objeto de reivindicação por parte dos homossexuais, não tem sido reconhecido, nem mesmo nos países em que as uniões foram reconhecidas pelo Direito, com raras exceções, como na Dinamarca, Islândia, Holanda e Suécia.¹⁸

Não parece sustentável sob o ponto de vista ético e jurídico que se negue o direito de formação de uma família tanto a uma criança quanto a um par homoafetivo somente por conta da orientação sexual deste, na medida em que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 veda a discriminação por conta do sexo, neste incluído todo o contexto da sexualidade.

O tratamento igualitário da homossexualidade é um processo lento e ainda em construção, mesmo porque é fácil tratar igualmente os iguais, mas a verdadeira igualdade reside no tratamento isonômico da diferença.

3.3 A união homoafetiva, o cenário internacional e o Sistema Jurídico Brasileiro

No Brasil, a homossexualidade é, ainda, vista com enormes restrições, e o preconceito, apesar de não ser ostensivo, é claramente vigorante, relevando-se no seio das relações sociais,

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Previdenciário. Petição 1984-9/RS. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Requerido: Juíza Federal Substituta da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 28.10.2003. *DJ* 13/11/2003. p. 00043.

¹⁸ SUÉCIA aprova adoção por casais de homossexuais. **BBC Brasil**. Consoante notícia veiculada pela BBC Brasil, em junho de 2002, a Dinamarca, a Islândia, a Holanda e a Suécia já possuem legislação permitindo a adoção de crianças por homossexuais que vivem juntos. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002>>. Acesso em: 06 jun. 2006.

bem como no nosso direito positivo que apesar de vedar qualquer discriminação, não consagra, expressamente, direitos a essa parcela da população.

Uma parcela significativa de cidadãos, cerca de 10% da população mundial¹⁹, não aspira, apenas, o reconhecimento da homossexualidade, mas, mais do que isto, pretendem ver reconhecido seu direito de viver plenamente, constituindo uniões homoafetivas com caráter de entidade familiar.

O direito, entretanto, raramente se antecipa aos fatos sociais e, no caso da homossexualidade, há um retardo ainda maior devido ao preconceito existente, o que inviabiliza a regulamentação dessas uniões que, há muito, sobrevivem à margem do direito positivado.

A Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), Maria Berenice Dias, está na vanguarda do Brasil na luta contra essa opressão infundada contra os homossexuais. Aliás, o único fundamento encontrado com bastante força é o preconceito. Ela adota o termo HOMOAFETIVO e não HOMOSSEXUAL, por se tratar já de um termo carregado de preconceito. Segundo a magistrada,

se a realidade social impôs o enlaçamento das relações afetivas pelo Direito de Família e a moderna doutrina e a mais vanguardista jurisprudência definem a família pela só presença de um vínculo de afeto, devem ser reconhecidas duas espécies de relacionamento interpessoal: as relações heteroafetivas e as relações homoafetivas.²⁰

Marta Suplicy, então deputada federal na justificativa de seu projeto de Lei nº 1151/95 da Câmara dos Deputados, denominado Parceria Civil Registrada, assim elucidou a questão da chamada opção sexual: “primeiro que as pessoas não decidem de um dia para o outro que vão se tornar homossexuais. Elas se percebem homossexuais durante o desenvolvimento e construção de sua sexualidade”²¹.

Registre-se, ainda, que desde 1991 a Anistia Internacional considera como violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade e as agressões por conta da orientação sexual, e nosso país encontra-se neste cenário, como alerta Maria Celina Bodin de Moraes,

no Brasil, o Conselho Nacional de Direitos Humanos atribui especial vulnerabilidade aos homossexuais, e, com efeito, o país, não obstante se apresentar como ambiente de liberação dos costumes e de tolerância às mais variadas formas de expressão sexual, é também campeão mundial de assassinatos de homossexuais.²²

¹⁹ ANTUNES, Camila. Op. Cit. p. 74.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Uniões homoafetivas: uma missão injustificável. **Boletim do IBDFAM**, edição especial, set/2001. p. 1.

²¹ CORREIA, Jadson Dias. União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1151/95). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 1, n. 10, abr. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, p. 103-104, jan./mar. 2000.

Descortinado esse universo que vê na homossexualidade simplesmente mais um modo de ser, vários sistemas jurídicos vêm adotando a regulamentação das uniões homoafetivas conferindo um tratamento igualitário em relação a tais uniões, que assemelhadas a casamentos heterossexuais com estes não se confundem, mas que, por outro lado, merecem o respeito da sociedade e igual tratamento jurídico, o que se verifica como um processo em construção no cenário jurídico brasileiro.²³

O inevitável caminho do reconhecimento das uniões homoafetivas, no âmbito jurídico internacional, conta com relevantes precedentes. A Dinamarca, já em 1989, foi o primeiro país a reconhecer a união homossexual, permitindo, inclusive, a troca do patronímico. Em 1993, já aprovada, na Noruega, lei regulamentando as relações homoafetivas. Pouco depois, em 1995, a Suécia também legalizou as uniões de iguais.

A Holanda autoriza, em 1998, a “Parceria Registrada”, o “Contrato de Coabitação”, e o casamento civil entre homossexuais, negando-lhes apenas o direito à adoção, reconhecido posteriormente²⁴. Segundo Sérgio Martins, “na Holanda, a equiparação é total (...) dois homossexuais podem adotar uma criança, sem recorrer a subterfúgios. A certidão de nascimento sai com a filiação MÃE e MÃE ou PAI e PAI”.²⁵

²³ A esse respeito julga-se extremamente importante a perspectiva dada pelo Ministro César Asfor Rocha quando do pronunciamento de seu voto no Recurso Especial nº 148897/MG da 4ª Turma do STJ que tratou do reconhecimento da sociedade de fato entre parceiros homossexuais, ao lembrar o reconhecimento e a construção jurisprudencial trazida pelos casos da união estável, então chamada concubinato, tendo assim se manifestado o Sr. Ministro ao se referir ao papel do direito: “Colaciono tais considerações porque elas, a meu sentir, se ajustam, com acurada harmonia, ao tema ora posto em tablado, tendo em conta que o reconhecimento da partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos significou, à época, uma posição progressista, uma tomada de consciência daquela Colenda Corte para com os fatos da vida, que, de tão nítidos e freqüentes, já não mais podiam ser tangenciados, sob pena de deixar o magistrado na desaconselhável posição de julgar com as janelas fechadas para a realidade. Agora, tirante o fato – relevantíssimo, é certo – de que a sociedade de que se cogita é formada por pessoas do mesmo sexo, tudo o mais tem os mesmos contornos em que se inseriu, à época, aquela situação dos concubinos inspiradora do verbete sumular acima enunciado: a sociedade de fato, o patrimônio formado pelo esforço comum e o afeto recíproco que parecia haver entre os agora recorrente e recorrido. [...] Creio já ser chegada a hora de os Tribunais se manifestarem sobre essa união, pelo menos nos seus efeitos patrimoniais, uma vez que não podemos deixar de reconhecer a freqüência com que elas se formam, por isso mesmo que tenho como de bom alvitre sinalizarmos para a sociedade brasileira – e especialmente para os que vivem em vida semelhante à que tiveram recorrente e recorrido – quais os direitos que possam ser decorrentes dessa sociedade de fato”. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Sociedade de Fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do CCvil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do CCvil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. REsp148897/MG. Rel. Min. Rui Rosado Aguiar. 10 fev. 1998. DJ 6 ABR. 1998)

²⁴ SUÉCIA aprova adoção por casais de homossexuais. **BBC Brasil**.- Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002>>. Acesso em: 06 jun. 2006.

²⁵ MARTINS, Sérgio. Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica. **Revista Veja**, 11 jun. 2001. p. 67.

Na França, legislação datada de 1999, instituiu o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), possibilitando que casais não casados, do mesmo sexo ou de sexos opostos, pactuassem sua vida em comum, tendo, contudo, efeitos patrimoniais²⁶, em nada afetando as relações de direito de família. Os signatários do PACS ficam vinculados por uma ajuda mútua e material, dispendo a Lei, dentre outras coisas, que os signatários têm direito a impostos comuns e a uma dedução nos direitos de transferência de local de trabalho (arts. 4º e 5º); o parceiro sem seguro social pode beneficiar-se, quando for o caso, do seguro do parceiro (art. 7º); e que o PACS é levado em conta em matéria habitacional, e que qualquer signatário que não tenha co-firmado o contrato de aluguel pode conseguir, automaticamente, a sua transferência para o seu nome (art. 14). Hoje, 234 prefeituras da França já reconhecem e tutelam as parcerias homoafetivas.

Nos Estados Unidos, destaca-se a Lei do Estado de Vermont, de 15.04.2000, o primeiro a conferir à união homoafetiva, o *status* jurídico de casamento, mas não com esta qualificação, equiparando-a a relação heterossexual. Em novembro de 2003, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts afirmou a proibição do Estado em negar os benefícios, as proteções e as mesmas obrigações conferidas, pelo casamento civil aos homossexuais que desejam se casar. Nessa esteira, o Estado do Havai acabou, por meio de sua Suprema Corte, conferindo o direito de casar a três casais homossexuais, por ter-lhes sido negada a licença matrimonial. Segundo informações do site Mix Brasil, da sua Central de Notícias (05.08.2003), a Suprema Corte da Califórnia confirmou, no dia 04.08.2003, a validade de adoções efetivadas por duas pessoas do mesmo sexo no Estado, permitindo que casais homossexuais fossem pais conjuntos dos seus filhos adotivos. No caminho da decisão anterior da mesma Suprema Corte, datada de 1986, a Califórnia, pois, em agosto de 2003, somou como o décimo segundo Estado americano a decidir sobre a possibilidade e a legalidade da adoção por duas pessoas do mesmo sexo. Por decisão louvável de maioria do Senado, de julho de 2004, os Estados norte-americanos permanecerão livres para julgarem sobre a extensão legal de benefícios aos homossexuais solteiros ou companheiros afetivos, na medida em que tal direcionamento de liberdade mostra-se mais sintonizado com as diversas garantias do texto constitucional.²⁷

Na Alemanha, ainda em 2000, foi aprovada lei reconhecendo as uniões homoafetivas, mas de forma restrita, vetando a adoção de crianças, direito à herança e renda conjunta.²⁸

²⁶ TEXTO da lei. **PACS**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/2000>>, 01.dez.2006.

²⁷ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op cit. p. 73 e 74.

²⁸ ALEMANHA aprova forma limitada de casamento para homossexuais. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/2000>>, 01.dez.2006.

Em Portugal, o Decreto 56/VIII, de 15.03.2001, aprovado pelo Parlamento Português, adotou medidas protetoras às uniões de fato que já duram mais de dois anos, independente do sexo dos integrantes.

No Canadá, a Assembléia Nacional de Quebec, em 11.06.2000, aprovou, com unanimidade, lei regulamentando as uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo, embora o casamento não seja, ainda, autorizado. Entretanto, em janeiro de 2001, foi noticiado o casamento de dois casais homossexuais na Igreja da Comunidade Metropolitana de Toronto, conhecida por apoiar a comunidade gay e lésbica²⁹. Posteriormente, em junho de 2003, nova reportagem trouxe a informação de que uma Corte de Ontário teria decidido ser inconstitucional a proibição do casamento de pessoas do mesmo sexo, em decorrência do fato que o cartório de Toronto passou a emitir licenças para casamentos entre homossexuais.³⁰

Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes, em votação polêmica, aprovou, em novembro de 2002, projeto de lei tendente a ampliar a possibilidade de adoção de crianças por casais não casados, inclusive homossexuais, projeto este que já havia obtido a aprovação, pouco antes, da Câmara dos Comuns³¹. Posteriormente, em julho de 2003, o Governo britânico apresentou projeto de lei concedendo aos homossexuais os mesmos direitos dos heterossexuais, o qual, embora não falasse, expressamente em casamento, assegurava-lhes os mesmos direitos dele decorrentes³². “O Supremo Tribunal Inglês concedeu, há dois anos, o *status* de família às relações estáveis entre homossexuais, durante a análise do caso Fitzpatrick V. Sterling Housing Association Ltda., concluindo que tais relações também são ‘dotadas de características familiares’. (DIAS, 2003, p.4)”³³.

Na Bélgica, em janeiro de 2003, o Parlamento aboliu, por 91 votos contra 22, as disposições que vedavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo (após a Holanda, é o segundo país a conferir tal direito), vedando-lhes a adoção³⁴.

A Catalunha, Groelândia e Islândia, igualmente, possuem leis atribuindo às uniões homoafetivas os mesmos direitos concedidos às pessoas casadas, exceto, no caso dos dois primeiros, o direito de adotarem crianças.

²⁹ PRIMEIROS casamentos gays realizados no Canadá. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

³⁰ CARTÓRIO de Toronto abre para casamentos gays. **ESTADÃO**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/agestado/noticias>>. Acesso em: 27 jun. 2006.

³¹ CASA dos Lordes aprova adoção por casais gays. **ESTADÃO**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/agestado/noticias>>. Acesso em: 02 jun. 2006.

³² TONY Blair apresenta projeto de casamento para homossexuais. **MIXBRASIL**. Disponível em: <<http://mixbrasil.uol.com.br/mundo/mix/central>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

³³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op cit. p. 75.

³⁴ BÉLGICA aprova casamento entre homossexuais. **AFP**. Disponível em: <<http://www.noticias.terra.com.br/mundo/interna>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

Na Espanha, trinta cidades, dentre elas, Toledo e Córdoba, registram a união entre homossexuais.

A Finlândia também já reconhece e tutela as parcerias homoafetivas.

A Argentina tem legislação específica válida para a capital, Buenos Aires, que criou uma união civil, diferente do casamento, mas a ele equiparável em direitos e deveres.

Os países podem ser classificados de acordo com o grau de liberdade e respeito que proporcionam aos pares homoafetivos.³⁵ O primeiro segmento, chamado de “modelo expandido” ou “liberal”, é aquele que além de descriminalizar a relação homoafetiva, também instituem programas de apoio a esse grupo de pessoas. São eles: Holanda, Dinamarca, países mais evoluídos da União Européia, Suécia, Noruega, Bélgica, Finlândia, Alemanha, estado americano da Califórnia etc.

O segundo bloco, chamado de “modelo intermediário”, talvez o maior deles, é aquele que se limitou a descriminalizar as uniões homoafetivas, proibiu a discriminação, deferindo apenas algumas prerrogativas como garantia dos direitos humanos, porém não promove nenhuma iniciativa positiva de legalizar a união entre pessoas do mesmo sexo. Em muitos deles, há a discussão no Poder Legislativo e a jurisprudência vem reconhecendo alguns direitos aos pares homoafetivos. Os exemplos são: Brasil, Eslovênia, república Tcheca, Austrália, Nova Zelândia, a maioria dos Estados americanos. Na América Latina, nenhum país possui legislação sobre a união civil de pares homoafetivos, a não ser a recente lei de Buenos Aires, como referida acima. A tendência atual dos países europeus é de reconhecer os pares homoafetivos.

Existe ainda o grupo mais radical, de extrema repressão, chamado de “modelo conservador”, onde, até a atualidade, é imposta a pena de morte pelo fato de ser homossexual, por ser contrário aos costumes religiosos. Tratam-se dos países islâmicos e muçulmanos. A Grécia e a Irlanda também consideram a homossexualidade como ilícito penal.

Em relação ao sistema jurídico pátrio, apesar da inequívoca e ampla proteção constitucional à família, sem distinção (art. 226, *caput*, CF/88), a omissão do Poder Legislativo, o não-reconhecimento das uniões homoafetivas, como entidade familiar, por uma parcela considerável dos magistrados e o silêncio de muitos doutrinadores evidenciam o preconceito injustificado da sociedade brasileira.

As tentativas de reconhecimento da união homoafetiva, pela via legislativa, infelizmente mostraram-se frustradas, principalmente devido ao preconceito religioso existente. Exemplos de tais tentativas são a Proposta de Emenda Constitucional 139/95, que

³⁵ [BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos. São Paulo: RT, 2002. p. 50.](#)

objetiva incluir nos artigos 3º e 7º da nossa Carta Magna a expressão “orientação sexual” para, explicitamente, evitar tratamento diferenciado neste âmbito; os Projetos de Lei 1904/99 e 2367/00, que visam incluir a discriminação por orientação sexual na Lei Federal 7716/89 (que define os crimes por preconceito de raça); e o já mencionado Projeto de Lei 1151/95, de autoria da então Deputada Marta Suplicy, e o seu substitutivo do Deputado Roberto Jefferson, que institui a “Parceria Civil Registrada”, com a elaboração de um contrato escrito, que poderia ser registrado em livro próprio, no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais. Este último projeto prevê que com essa Parceria não se pressuporia apenas o vínculo homoafetivo, asseguraria aos companheiros, que celebrassem o contrato, direitos à sucessão, a benefícios previdenciários, à qualidade de dependência para fins tributários, à renda conjunta para aquisição de imóvel, à nacionalidade (para estrangeiros que mantivessem relação com cidadão brasileiro) e direitos obrigacionais perante planos de saúde e seguros em grupo. Para facilitar sua aprovação no Congresso Nacional, não propõe dar um *status* de casamento às uniões homoafetivas e veda, expressamente, disposições sobre adoção, aquisição de nome e alteração do estado civil, durante a vigência do contrato.³⁶

Devido às dificuldades pela via legislativa no Brasil, aos avanços na doutrina e aos anseios sociais, com o crescente número de litígios envolvendo relações homoafetivas, o Poder Judiciário viu-se obrigado a se manifestar, por meio do poder-dever que a função jurisdicional encerra.

Ultrapassada e escassa jurisprudência vem reconhecendo a união homoafetiva como uma sociedade de fato, como se, ao revés de vínculo afetivo, ela evidenciasse um vínculo meramente negocial. Tal analogia, com base no artigo 981, *caput*, do Código Civil em vigor, inserindo a apreciação da matéria no âmbito obrigacional, evidencia uma interpretação excludente da afetividade, distante dos princípios constitucionais fundamentais. Muitas demandas envolvendo relacionamento homoafetivo, propostas nos juízo cível, foram extintas, concluindo os juízes pela carência das ações, por impossibilidade jurídica dos pedidos. Outras ações, entretanto, já foram julgadas procedentes, desde que comprovada a convivência pública, duradoura e contínua, após o qual houve rompimento da relação homoafetiva, ignorando-se, porém, a afetividade entre os companheiros e deferindo-se, no máximo, a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal afirma que: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

³⁶ RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 127.

Pode-se trazer como exemplo nesse sentido o seguinte julgado:

Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais.

Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isso, porém, não implica, necessariamente, atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma Participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição.³⁷

A Súmula 380 do STF não assegura, entretanto, o direito de um dos companheiros (as), quando a relação termina pela morte de um deles. Segundo a Desembargadora Maria Berenice Dias, “ora se nega juridicidade ao convívio, ora se deferem escassos direitos, mas, sistematicamente, rejeita-se a condição de herdeiro, o que leva a excluí-lo da ordem de vocação hereditária e a alijá-lo dos direitos decorrentes da abertura da sucessão”.³⁸

Tem-se como exemplo o Recurso Especial 148.897/MG do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que decidiu pelo não-reconhecimento do vínculo familiar e do direito à sucessão ao companheiro sobrevivente como herdeiro necessário, mas, somente, o direito à partilha.

Ainda segundo a Desembargadora, o Poder Judiciário vinha,

de forma cômoda, buscando subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A inserção na órbita do Direito Obrigacional acaba impedindo a concessão de todo e qualquer direito outro, que deflui das relações familiares.³⁹

Em 1999, porém, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dando provimento, por meio da sua 8ª Câmara Cível, por unanimidade, ao Agravo de Instrumento 599.075.496, fixou (em sede de liminar) a competência da vara de Família, para julgar ações decorrentes de relacionamentos homossexuais. O deferimento unânime do pedido, pelos Desembargadores Antônio Carlos Stangler pereira, José S. Trindade e Breno Moreira Mussi (relator), foi a primeira grande abertura jurisprudencial, no sentido de reconhecer a união homoafetiva como família digna de tutela, já que a Constituição Federal proíbe discriminação por orientação sexual, sendo, conforme o entendimento que fundamentou a decisão, aplicado, via analogia, o artigo 226, §3º da Constituição Federal, reconhecendo o vínculo homoafetivo como uma união estável.⁴⁰

³⁷ BRASIL. TJ/RJ (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 731/89. Relator: Desembargador Narcizo Pinto. Apelante: Espólio de J. G. Apelado: M. A. C. R. Julgamento: 22.08.1989.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000+. p. 151.

³⁹ Ibidem. p. 19.

⁴⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op cit. p. 81.

As uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois preenchem os requisitos de uma entidade familiar: afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do artigo 226 da CF são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. A norma de inclusão do artigo 226 apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões.

Por outro lado, não há necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (art. 226, §3º, CF). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homoafetivas são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.

Além da invocação das normas da Constituição Federal que tutelam especificamente as relações familiares, proferidas nesta exposição, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homoafetivas no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no artigo 5º da Carta Magna, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Tais normas assegurariam o direito à orientação sexual como direito personalíssimo.

Contribuindo para a evolução do sistema jurídico pátrio, no que tange à homoafetividade, o Estado da Bahia, por iniciativa do Grupo Gay da Bahia, e o de Minas Gerais já dispõem de livro específico para o registro da união estável entre companheiros homossexuais.

Além disso, o Ministério Público federal intentou Ação Civil Pública de nº 200.71.00.009347-0 contra o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Com base na determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbisan, da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre (liminar confirmada em todas as instâncias), o INSS editou a Instrução Normativa 25, em 07.06.2000, publicada no diário Oficial da União no dia seguinte, prevendo que o companheiro ou companheira homossexual, de segurado inscrito na Previdência Social, integra o rol de dependentes e, desde que comprovada a união estável, concorrem, para fins de pensão por morte e auxílio reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do artigo 16 da Lei 8213/91, para óbitos ocorridos a partir de 05.04.1991. Essa norma de caráter administrativo foi a primeira a contemplar a estabilidade da relação homoafetiva, válida para todo o território nacional.⁴¹

⁴¹ Ibidem. p. 87.

Cumprido destacar, ainda, que, por determinação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, voltou a vigorar a Lei 3786/02, que confere, ao servidor público estadual, o direito de deixar pensão para o companheiro do mesmo sexo. A Lei 4320/04, que mudou a legislação previdenciária do Estado do Rio de Janeiro, manteve o benefício, em favor dos viúvos e viúvas de funcionários públicos homossexuais.

Não obstante o conservadorismo de parcela da doutrina e a omissão do Poder Legislativo, os pontuais avanços na jurisprudência já iniciaram a retirada das uniões homoafetivas da marginalidade.

O próximo capítulo trata do instituto da adoção, com uma rápida digressão histórica deste instituto e das suas razões de existência no tempo, até se chegar à adoção nos moldes e com os fins estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, onde são apontados os requisitos legais para a concessão das adoções das crianças e dos adolescentes no Brasil. A partir daí, o trabalho volta-se para a pessoa da criança e do adolescente, considerando-os como novos sujeitos de direitos e como pessoas em estágio de desenvolvimento da personalidade, o que lhes confere o direito de receberem a tutela prioritária do Estado. Nesse contexto é abordado, ainda, o direito à convivência familiar e comunitária, assim como a ausência deste direito revestida no abandono vivido pelas crianças institucionalizadas.

4 ADOÇÃO

4.1 Histórico da adoção

Segundo Fernando Freire, a adoção

[...] representa uma resposta às necessidades não satisfeitas pela ordem natural dos acontecimentos, uma resposta que oferece à criança órfã e abandonada, uma possibilidade de ter pais e ambiente familiar indispensáveis para seu desenvolvimento. A adoção não é mais um instrumento exclusivamente jurídico, mas um recurso de profundas manifestações éticas e sociais. De todos os sistemas

alternativos de proteção às crianças e adolescentes abandonados, a adoção é o único que cumpre com todas as funções da relação filial. É o único sistema que colabora amplamente na internalização do sentimento de auto-estima, chave para o processo de desenvolvimento de uma personalidade sadia e construtiva.⁴²

O instituto jurídico da adoção apresenta-se para o direito como uma ficção legal que permite a constituição de vínculos entre pais e filhos, independentemente do fato natural da procriação. É, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, independentemente do vínculo biológico.

Constitui um dos institutos mais antigos do Direito, pois o acolhimento de menores, como se fossem filhos biológicos, é detectado, praticamente, em todas as sociedades, desde as mais pregressas.

Na Antiguidade, a filiação cumpria e desempenhava função relevante na continuidade religiosa, moral e patrimonial da família. Esse sentido de perpetuidade da família ligava-se, sobretudo, ao culto da religião familiar, pois a maior desgraça que poderia ocorrer a uma família seria a interrupção de sua linhagem e, conseqüentemente, o esquecimento dos seus ancestrais. Essa imposição religiosa determinava o dever da procriação, pois a filiação não estava ligada aos desejos pessoais dos membros da família, mas, sim, à função da perpetuidade do culto e da religião doméstica.⁴³

Ainda na fase pré-romana, a adoção encontra, no Código de Hamurabi, um referencial jurídico importante. Esse sistema, entre os babilônios, foi bastante peculiar, pois, se após a adoção, o adotante tivesse filhos naturais, esta poderia ser revogada, surgindo, para o adotado, o direito à indenização.⁴⁴

Entre os gregos, destaca-se a adoção entre os atenienses. Era muito formal, somente podendo os cidadãos adotarem e serem adotados, com a participação de uma assembléia popular e com um forte traço religioso. Entretanto, com a reforma proposta por Sólon, a adoção em Atenas se simplificou e se popularizou.⁴⁵ O adotado assumia o nome e a posição do adotante e herdava seus bens como conseqüência da assunção do culto. O direito sucessório, permitido exclusivamente pela linha masculina, também era corolário da continuidade do culto familiar.

Em relação ao Direito Romano, a adoção revestiu-se de poder, como meio para as famílias fugirem de sua extinção. Três eram as modalidades de adoção no Direito Romano: a *adrogatio*, a *adoptio* e a testamentária. A *adrogatio*, modalidade mais antiga, pertencente ao

⁴² FREIRE, Fernando. **Abandono e adoção II**. Curitiba: Terre dos Hommes, 1991. p. 07 *apud* SAPKO, Vera Lúcia da Silva. Op. cit. p. 112.

⁴³ GIRARDI, Viviane. Op. cit. p. 113 e 114.

⁴⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 91.

⁴⁵ Loc. cit.

Direito Público, exigia formas solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia não só o próprio adotando, mas também sua família, filhos e mulher, não sendo permitida ao estrangeiro. Havia interesse do Estado na adoção porque a ausência de continuador do culto doméstico poderia redundar na extinção de uma família. A *adoptio* era instituto mais recente de direito privado destinado ao *alieni iuris*, quais sejam, os que estavam sob o pátrio poder⁴⁶ – era a adoção propriamente dita. A última espécie, testamentária, submetia-se à confirmação da cúria, constituindo-se ato complexo e solene, raro.

Assim, os que não podiam ter filhos adotavam para que mantivessem a religião familiar. Nesta época, só os homens eram capazes para a adoção, mas com o enfraquecimento do fundamento religioso, foi permitido às mulheres que tivessem perdido filhos, o direito de adotar.⁴⁷

Com as invasões bárbaras, a prática da adoção não se extinguiu, mas seu objetivo, porém, modificou-se, devido à necessidade de perpetuação das campanhas armadas empreendidas pelo pai adotivo. Sua finalidade era suprir a falta de testamento. A partir da Idade Média, tal costume foi deixando de ser utilizado até desaparecer por completo, pois se incompatibilizou com os interesses dos senhores feudais, como a transmissão *iure sanguinis* dos títulos nobiliárquicos.⁴⁸

A adoção permaneceu inadaptada até a Idade Moderna, quando surgiram três legislações que a regularam: o Código Dinamarquês de 1683, o Código Prussiano de 1751 e o *Codex Maximilianus* da Bavária de 1756. O segundo influenciou a matéria no Código Napoleônico (arts. 343 a 360), e esse, por seu turno, contribuiu para que a adoção fosse inserida em ordenamentos posteriores, de locais diversos.

Durante o século XIX, conforme a maioria dos doutrinadores, a adoção foi pouco praticada. Essa preocupação jurídica e social reavivou-se após a Primeira Guerra Mundial, visando a oferecer amparo familiar aos órfãos do conflito.⁴⁹

Quanto à realidade pátria especificamente, o cunho protetor da adoção apresenta correlação com o processo histórico de concentração de renda e de exclusão social, apesar de, no princípio, o instituto ter se contextualizado no ordenamento nacional, como um reflexo do direito português.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit. p. 255 e 256.

⁴⁷ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 92.

⁴⁸ -Loc. cit.

⁴⁹ Loc. cit.

Em letras realmente nacionais, a primeira referência à adoção surgiu na Consolidação das Leis Civis, com Teixeira de Freitas, determinando aos juízes “conceder cartas de legitimação aos filhos sacrilégios, adúlteros e incestuosos, e confirmar as adoções”.⁵⁰

Após alguns anos, a adoção foi inserida no Código Civil de 1916, estabelecendo claras diferenças entre filhos naturais e adotivos, principalmente em relação ao direito de herança. O legislador brasileiro visava com este instituto jurídico a dar filhos a quem, biologicamente, não os podia ter. A adoção nessa fase só era permitida a quem, não tendo filhos, também contasse com idade superior a 50 (cinquenta) anos, pois este requisito legal era entendido pelo legislador como prova da impossibilidade da geração da prole natural, como garantia de que não adviriam filhos naturais supervenientes à adoção. Seu vértice, portanto, eram os interesses dos adotantes, suprimindo uma falta que a natureza havia criado.

A primeira grande modificação jurídica do instituto ocorreu com a promulgação da Lei nº. 3133 de 1957, que alterou tanto os requisitos exigidos para a habilitação dos adotantes, quanto à própria finalidade e natureza do instituto da adoção. O legislador nesse momento abandona a intenção de dar filhos a quem a natureza os negou para instituir o viés assistencialista do instituto, ou seja, de se constituir a adoção, num modo de melhorar as condições morais e materiais do adotado. Tanto assim que a adoção regulada por essa nova lei permitia que tal adoção fosse concedida aos adotantes com idade de 30 (trinta) anos e não mais 50 (cinquenta) anos, e os adotantes podiam, também, já ter filhos consangüíneos ou vir a tê-los mesmo após a adoção. Entretanto, manteve a face patrimonialista do direito liberal burguês da época ao proibir o filho adotivo, na presença de prole biológica, anterior ou posterior à adoção, a igualdade de direitos no campo de sucessão. Essa adoção prescrita, mais tarde, passou a ser tratada pela doutrina como sendo a adoção simples, pois limitava o vínculo do parentesco entre o adotado e o adotante, para os efeitos da lei civil, a não ser quanto aos impedimentos matrimoniais.⁵¹

Um segundo grande momento para o instituto da adoção para o direito brasileiro deu-se com o advento da Lei nº. 4655 de 1965, que instituiu uma nova perspectiva para essa figura jurídica ao criar a legitimação adotiva. Essa nova modalidade de adoção estabelecia o vínculo de parentesco entre adotante e adotado com os mesmos efeitos e características conferidos ao parentesco consangüíneo entre pai e filho, o que significava que o adotando rompia com todos os vínculos legais com sua família de origem, com exceção dos impedimentos matrimoniais, e passava a ser considerado filho, para todos os efeitos, dos adotantes. Essa nova forma de

⁵⁰ *Ibidem.* p. 93.

⁵¹ GIRARDI, Viviane. *Op. cit.* p. 117 e 118.

adoção só era permitida a quem fosse legalmente casado e era irrevogável, ao contrário da denominada adoção simples que podia ser desfeita mediante algumas exigências legais.

Essa chamada legitimação adotiva de 1965 com a promulgação da Lei nº. 6697/79, o conhecido Código de Menores, passou a ser denominada de adoção plena, pois abrangia uma maior gama de direitos, marcando a diferença com o tipo de adoção até então em vigor.⁵²

A dicotomia do instituto da adoção introduzida pela Lei de 1965 e difundida pelo Código de Menores vigorou pacificamente no direito brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988, que ao introduzir o princípio da igualdade no instituto da filiação, fez desaparecer as diversas classes de filhos, bem como vedou qualquer prática que discriminasse o filho por conta da origem de sua filiação.

Seguindo a trilha aberta pelo constituinte de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, provocou a grande mudança no instituto da adoção, pois, além, de revogar a legislação pátria que a essa era pertinente, eliminou todas as diferenças entre filhos adotivos e biológicos, definindo, claramente, que a medida definitiva de colocação de menores em famílias substitutas deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança e do adolescente (ECA, art. 43).

Com a promulgação da Lei nº. 8069/90, parte da doutrina passou a considerar a existência de dois tipos de adoção: a **simples**, regida pelo Código Civil de 1916 e suas posteriores modificações; e a **plena**, disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com a revogação do Código Civil de 1916 pela Lei nº. 10.406 de 2002, há os que ainda admitem a classificação distintiva da adoção, em simples e plena, isto é, em civil e estatutária.

Na realidade, o Código Civil em vigor é lei geral e não revogou as disposições do ECA sobre a adoção de menores, pois esse diploma é lei especial. Assim, continuam os procedimentos relativos a menores processados pelos Juízos da Infância e da Juventude e os referentes à adoção de maiores de 18 anos, pelas Varas de Família. Destarte, toda a base principiológica, material e procedimental do Estatuto foi mantida, e na ausência de norma regulamentadora, também deve ser aplicado o ECA analogicamente, no que for compatível, com relação à adoção por maiores. Portanto, o instituto é regulado pelos dois diplomas legais: o Código Civil de 2002 regulamenta a adoção de maiores e menores; o ECA, a dos adotandos de até 18 anos. Mas, devido ao critério de especialidade, prepondera o Estatuto no que tange à adoção de menores.⁵³

⁵² Ibidem. p. 119 e 120.

⁵³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 94.

4.2 Requisitos e critérios da lei brasileira

A adoção é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 39 a 52. No Código Civil de 2002, a matéria é disciplinada nos artigos 1618 a 1629.

A lei 8069/90, apesar de ser uma lei brilhante, até hoje encontra dificuldade de ser executada na íntegra por falta de vontade política. Infelizmente pode-se constatar que as ações e políticas de atendimento à família encontram-se em flagrante fragmentação e praticamente inexistentes.

A adoção é a modalidade mais ampla de colocação em família substituta, que procura imitar a natureza, criando uma família civil, sempre se levando em consideração o interesse e o bem-estar do menor.

É atribuído ao adotando a condição de filho do adotante, com todos os direitos e deveres inerentes a um filho, inclusive os hereditários e sucessórios, ocorrendo o total desligamento do vínculo com seus pais ou parentes, salvo para impedimentos matrimoniais (art. 41 do ECA), não se restabelecendo o vínculo com os pais biológicos nem com o falecimento dos adotantes (art. 49 do ECA).

Cabe ressaltar, preliminarmente, que o artigo 23 do ECA é expresso ao afirmar que o estado de pobreza, a carência de recursos materiais, não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, não sendo elemento definitivo para possibilitar a adoção.

Ademais, a destituição do poder familiar deve anteceder a adoção, ainda que decretada na mesma sentença. Tratando-se de menor abandonado, devem ser realizados todos os esforços para a localização dos pais. Portanto, não é admitido que o magistrado conceda a supressão do poder familiar sem maiores cuidados. Mesmo visando propiciar melhores condições à criança e ao adolescente, não se pode descurar do direito inafastável dos pais biológicos, que podem validamente opor-se à adoção. Sempre que possível, os pais devem consentir com a adoção, manifestando sua vontade (art. 45, §1º, do ECA).

No que concerne à adoção de adolescente, assim considerado pelo Estatuto o adotando maior de 12 (doze) anos, este deverá, também, expressar seu consentimento em relação à sua adoção (arts. 46 do ECA e 1621 do CC/02).

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, estabelecendo os procedimentos para a adoção. Realiza-se o processo em dois momentos:

- 1º) habilitação dos adotantes; e
- 2º) sentença que confere a adoção e gera seus efeitos jurídicos.

Entre essas fases processuais, se a criança ainda não estiver sob os cuidados do(s) adotante(s), ocorre o encontro entre a criança ou o adolescente e seu(s) futuro(s) pai(s), que depois prosseguirá mediante o estágio de convivência, cuja duração é fixada pelo juiz, municiado pelos laudos sociopsicológicos da sua equipe interdisciplinar. É imprescindível e fundamental a presença de outras ciências, em especial o serviço social e a psicologia, pois somente por meio do olhar interdisciplinar torna-se possível atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Entretanto, antes do momento específico de se aferir o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente envolvidos num caso de adoção, há requisitos específicos que devem ser rigorosamente preenchidos pelo(s) adotante(s). Requisitos estes que têm na sua base, ainda que de forma implícita, a preocupação com o bem-estar socioafetivo da criança a ser adotada.

Os requisitos entendidos como preponderantes no que concerne a este trabalho encontram-se estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Seção III, que trata da Família Substituta, na Subseção IV, da adoção.

A adoção é ato pessoal e personalíssimo, que requer a iniciativa e presença dos adotantes, sendo proibida expressamente a adoção por procuração (art. 39).

Essa modalidade de adoção, conhecida como adoção plena, é destinada aos menores de 18 anos. Excepcionalmente, no sistema anterior ao CC/02, o adotando poderia ter idade superior, se à data do pedido já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40).

O cônjuge ou companheiro pode adotar o filho do consorte, ficando mantidos os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e respectivos parentes (art. 41, §1º). A lei permite, portanto, que, com a adoção, o padrasto ou a madrasta assumam a condição de pai ou mãe.

No Estatuto, a idade mínima para adotar foi sensivelmente diminuída com a vigência do novo Código. Antes, podiam adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente do estado civil (art. 42). Com o corrente Código Civil, a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar (art. 1618). A idade é, portanto, requisito objetivo para o adotante. A questão subjetiva, a maturidade para adoção, é aspecto de oportunidade e conveniência a ser analisado pelo juiz no caso concreto. Se forem adotantes casados ou

companheiros, pelo menos um dos membros do casal deverá ter a idade de 18 (dezoito) anos (art. 1618, parágrafo único), devendo ainda ser provada a estabilidade da família (art. 42, §2º, ECA).

A legislação não mais distingue entre filhos legítimos e ilegítimos, portanto, não há que se falar nos pais adotarem seus próprios filhos. A proibição é expressa, vedando, ainda, a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, §1º).

Não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção pode, portanto, ser singular ou conjunta.

Exige o legislador que haja uma diferença de, no mínimo, 16 (dezesesseis) anos entre a idade de adotante e adotado, no intuito de aproximar a adoção tanto quanto possível da natureza (art. 42, §3º, lei 8069/90 e art. 1619, CC/02).

Os divorciados e os separados judicialmente podem adotar em conjunto desde que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do casamento e se estiverem de acordo quanto à guarda e ao regime de visitas (art. 42, §4º, lei 8069/90 e art. 1622, parágrafo único, CC/02). Essa situação permitida na lei é excepcional e busca estabilizar o menor que já estivesse convivendo com o casal antes do término da relação.

O §5º do art. 42 permite que a adoção seja deferida quando o adotante vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. O procedimento deve ter sido iniciado em vida, cabendo ao juiz analisar sobre a conveniência da adoção *post mortem* (Art. 1628, CC/02). Não é admitida a adoção sem que o interessado tenha iniciado o processo.

O art. 44 estabelece proibição temporária para o adotante tutor ou curador. Enquanto ele não prestar contas de sua administração e estas forem aprovadas, não pode adotar o pupilo ou curatelado.

Entre os requisitos de ordem formal, dois artigos do ECA determinam e definem bem os limites e os parâmetros para sua concessão, quais sejam: o artigo 43 e o §2º do artigo 50, cujo texto remete ao artigo 29:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 50, § 2º. Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

Art. 29. 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.

Assim sendo, o melhor interesse da criança permanece no curso do processo de adoção, estando implicitamente presente tanto no momento de habilitação dos adotantes,

quanto no período do estágio de convivência até a decisão final que confirma ou não a adoção. O melhor interesse da criança envolve, portanto, além das questões de ordem material e econômica, o respeito às questões emocionais e de desenvolvimento próprios da criança e do adolescente envolvidos num processo de adoção. Enfim, para que se decida um processo de adoção, é prioritário observar se o candidato reúne certas características, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável. Por isso, a lei dota o juiz de uma flexibilidade no sentido de poder julgar com base nos elementos interdisciplinares que lhe são dados, e de poder formar com eles o seu convencimento para determinar o que seja o melhor interesse da criança ou do adolescente.⁵⁴

Como se pode notar, não há, portanto, no ECA, nenhum requisito formal referente à sexualidade do adotante ou dos adotantes. Segundo a corrente majoritária, ainda não podem adotar conjuntamente os homossexuais (pois não seriam reconhecidos como entidade familiar), mas podem adotar individualmente, desde que preencham os requisitos necessários. Em capítulo próprio tecer-se-á maiores detalhes.

4.3 O direito à convivência familiar e comunitária

No conjunto dos direitos fundamentais consagrados à criança e ao adolescente, encontra-se, nos termos do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, o direito à convivência familiar e comunitária. Esse direito de natureza constitucional impõe-nos duas ordens de reflexões:

- a) convivência familiar e comunitária saudáveis à criança e ao adolescente; e
- b) a proibição do abandono familiar e social da criança e do adolescente, chaga social esta com a qual o Brasil parece ter se acostumado a viver.

O lugar ideal para uma criança é junto a sua família. Uma criança deve ser desejada e gestada pelos pais e, ao nascer, ser cuidada e amada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 19, captou essa cultura idealizada para a infância, a qual, uma vez concretizada mediante a permanência da criança na família, sinaliza que os demais direitos da criança e do adolescente serão certamente

⁵⁴ [GIRARDI, Viviane. Op. cit. p. 128 e 129.](#)

efetivados. Nessa esteira, o ECA assegurou como direito da criança e do adolescente o direito à convivência familiar e comunitária na sua família de origem ou numa família substituta, visando a garantir, uma vez ausente a situação ideal, que é a permanência da criança em sua própria família, possa tanto a criança, quanto o adolescente, reivindicar esse direito, estatutária e constitucionalmente a eles assegurado.

Entretanto, mais que um direito constitucional da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária destes é um dever das organizações familiares, sociais e do Estado para com estes menores. É o que prescreve o artigo 4º do ECA:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (Grifo nosso).

Busca-se assegurar como um direito os cuidados e necessidades inatas ao crescimento físico e socioafetivo de uma criança, que é o direito de nascer numa família, nela ocupar o espaço de filho e nela ser mantido em harmoniosa convivência com seus pais até a idade de sua independência moral e material.

No entanto, quando a Lei 8069/90 prescreve como direito da criança e do adolescente, portanto, como dever do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, traz à luz o lado sombrio que está no cerne desse direito: nem todas as crianças possuem uma boa e saudável convivência familiar, e mais, muitas crianças não desfrutam de qualquer grau de relacionamento e convivência familiar, pois vivem excluídas, permanecendo em abandono.

Não é necessário aprofundar na temática social para se perceber os efeitos degradantes que tanto o lado patológico de uma convivência familiar quanto a solidão do abandono em instituições trazem para uma criança e adolescente dada a peculiar situação de pessoas em desenvolvimento que são.

Parece até estranho se falar de abandono quando as crianças são mantidas em lares e instituições de abrigo. Entretanto, efetivamente essas crianças são e estão abandonadas, trazendo em suas vidas a marca de uma vivência sem referências familiares mais próximas, sem a intimidade de uma vida pessoal que lhes permita um desenvolvimento afetivo digno e estável.

A psicóloga paranaense Lídia Natália Dobrianskyj Weber traz essa realidade de abandono das crianças e adolescentes institucionalizados ao relatar:

Pesquisas [...] revelam que a maioria dessas crianças chega às instituições através de suas próprias famílias, geralmente monoparentais (nas quais só a mãe está presente) e desfavorecidas economicamente. A maioria, a partir do momento em que chega às instituições, não recebe mais visitas de sua família e passa a fazer parte de um

contingente especial da população: os filhos de ninguém. As famílias, que em princípio pensam em utilizar a instituição como um colégio interno, desaparecem. As famílias, no entanto, continuam detentoras do pátrio poder e as crianças nem sequer têm o direito de serem colocadas em uma família substituta. [...] Porque as crianças crescem nesses abrigos? Ninguém duvida que é uma violência a destituição do pátrio poder, mas não é uma violência uma criança crescer sem referência familiar? [...]⁵⁵

Entretanto, é a ferida do abandono que, paradoxalmente, possibilita que uma criança ou adolescente seja adotado e por meio da adoção desfrute ou até mesmo volte a desfrutar do seu direito de viver em família e conviver na comunidade, direito que a sociedade deseja e que a Constituição Federal de 1988 assegura a esses “pequenos” e frágeis cidadãos.

Ainda existe um grande contingente de crianças que são “depositadas” em abrigos, sem nenhuma perspectiva de retorno à família de origem, seja por problemas estruturais da própria família, seja porque não se tem notícia do paradeiro de seus parentes (art. 92, II, ECA). Esses seriam casos de crianças elegíveis à adoção, após a destituição do poder familiar, porém, a grande maioria delas possuem idade acima de 2 (dois) anos, o que configura uma adoção tardia, dificultando cada vez mais a concretização da adoção. A cada dia que passa nas vidas dessas crianças, mais uma porta se fecha, correndo o risco de todas se fecharem, ficando “condenadas” a passarem o resto de suas vidas, pelo menos até a maioridade, encerradas numa instituição. Sabe-se que o parágrafo único do artigo 101 do ECA é bem claro ao estabelecer que “o abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”, porém, infelizmente não é isso, na prática, que se vê acontecendo.

Um dos principais motivos é a dificuldade de se encontrar pessoas que se interessem por crianças mais velhas ou ainda a dificuldade de se encontrar pessoas dispostas a adotarem irmãos, que muitas das vezes só têm um ao outro como família e referência.

Quanto mais tardia for a adoção, mais vivas estarão as lembranças de sua história, mais enraizadas estarão em sua memória todas as ilusões frustradas, os sonhos não realizados e os desejos que não se realizaram durante os anos de abandono. Cada vez mais a luz no final do túnel vai se tornando mais estreita. Alguns conseguem encontrar essa luz, uma família. Mas nem sempre a saída do túnel se faz de forma tranqüila. Muitas vezes esses traumas passados influenciam. É um desafio tanto para os adotantes quanto para o adotado. A rejeição, com a posterior devolução, é o maior perigo desse tipo de adoção. Todas essas dificuldades afastam a maioria dos pretendentes à adoção de optarem por uma adoção tardia.

⁵⁵ [WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Quero que alguém me chame de filho: ou do direito à convivência familiar e comunitária. In: COUTO, Sérgio \(coord.\). Nova realidade do direito de família: jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário. Rio de Janeiro: Jurídica, 1998. p. 101. t. 1.](#)

O quinto e último capítulo desta monografia será o mais importante e apontará para a temática da possibilidade jurídica de adoções serem concedidas a pares homoafetivos. As reais vantagens de ser juridicamente filho de dois pais ou de duas mães, com o devido amparo legal, serão confrontadas com a realidade social de exclusão e marginalidade a que o filho adotado, por apenas um(a) dos(as) conviventes, está exposto, quando do rompimento da relação ou da morte de um(a) desses(as). Serão analisadas pesquisas na área da psicologia que apontam para o bom desenvolvimento e desempenho das crianças inseridas em famílias formadas por homossexuais e por pares homoafetivos. Dar-se-á destaque, ainda, às recentes decisões judiciais brasileiras que reacenderam as polêmicas sobre adoção por pares homoafetivos.

5 ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

5.1 Da família monoparental homossexual à biparental substituta: realidade social e melhor interesse do menor

Na sociedade brasileira, vem surgindo um novo tipo de família: aquela composta por pares homoafetivos – pais gays ou mães lésbicas. Existem aqueles homossexuais que assumiram sua homossexualidade após um casamento heterossexual, levando consigo os filhos e vivendo junto com o atual par. Há ainda os homoafetivos solteiros, ou não, que

adotam uma criança e ainda as lésbicas que se submetem à inseminação artificial como forma de conseguirem satisfazer o desejo de terem filhos. O que importa é que a realidade esta aí e os homossexuais têm educado, progressivamente, sua prole, na convivência com os seus companheiros(as).

Sobre esse fato inegável, a juíza Wilma Vivas afirma:

a realidade social nos mostra parceiros convivendo sob o mesmo teto, daí resultando convivência salutar, aí incluindo-se os filhos (...) Vamos observar, dessa forma, acerca da necessidade de que venha o Direito chancelar tais situações, no sentido de dar proteção legal às pessoas colocadas em tal circunstância, por se constituir a união entre homossexuais uma realidade, de há muito, existente e que o Direito ainda não cuidou de amparar – seja pela forte carga preconceituosa que a matéria enseja, seja pela cultura ainda arraigada de padrões machistas e fortemente impregnados de conceitos religiosos, ainda arcaicos.⁵⁶

A sociedade brasileira atual também é integrada por famílias biparentais homoafetivas, que educam crianças e adolescentes de modo informal ou à margem da aparente legalidade. Isso porque, apesar do ordenamento jurídico pátrio não vedar o pedido de adoção formulado, conjuntamente, por dois homossexuais, os preconceitos, a limitação em não considerar, mesmo analogicamente, a união homoafetiva como uma entidade familiar, têm gerado, na grande maioria dos casos, o indeferimento do referido pedido, impulsionando, conseqüentemente, o par a decidir que somente um dos companheiros adotará formalmente.

Para o sistema legal brasileiro, a adoção por pessoa solteira que se declare ou não homossexual é possível sempre que essa adoção demonstrar atender aos melhores interesses da criança ou adolescente adotando.

A adoção de crianças ou adolescente por homossexuais, uma vez observados os critérios legais da adoção, previstos nos artigos 39 e seguintes do ECA, conforma em si a realização e concretização de dois princípios constitucionais singulares e que regem as relações familiares, pois de uma lado se assegura à criança o direito à convivência familiar (art. 227 da CF/88) e de outro, se confere ao adotante a possibilidade do exercício da paternidade responsável (art. 226, §7º, da CF/88).

O cerne das decisões que asseguram, inicialmente, o direito de guarda e responsabilidade de uma criança, e, posteriormente, a adoção por pessoa de orientação homossexual, busca afastar o viés da discriminação sobre a orientação sexual do adotante retirando o foco da questão da sexualidade, voltando-o para o elemento fundamental em tais pedidos judiciais, que é o atendimento do melhor interesse da criança.⁵⁷

⁵⁶ [VIVAS, Wilma. *As novas famílias: do patriarcado à monoparentalidade*. Dissertação de pós-graduação em Direito – Mestrado. Universidade Estadual de Santa Cruz. Convênio UFBA-UFPE, Ilhéus/BA, jul. 2002. p.68. *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 128.](#)

⁵⁷ [Entre outras decisões judiciais: APELAÇÃO CÍVEL 35.466-0/7 – Câmara Especial, TJ/SP; APELAÇÃO CÍVEL 14.979/98 – 17ª Câmara Cível, TJ/RJ; APELAÇÃO CÍVEL 14.332/98 – 9ª Câmara Cível, TJ/RJ.](#)

Quando o núcleo da adoção, que é o melhor interesse da criança, que se traduz no respeito não só ao bem-estar físico e emocional, mas também num bom ambiente social para a criança, encontra-se preenchido de maneira favorável pelo(s) pretendente(s) à adoção, torna-se secundário e desmerece de maiores atenções à preferência sexual do adotante.

Nesse sentido, é necessário consignar o parecer do Ministério Público da 1ª Vara de Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro exarado com base nos laudos social e psicológico extraídos do pedido de adoção por um homossexual que vivia junto com seu parceiro. Assim, afastando-se o preconceito da homossexualidade e atentando-se para os dados da realidade, ou seja, que existem outras formas de família e que estas podem atender ao bem-estar de uma criança, conclui a promotoria do caso que:

da análise do feito, mormente, do estudo social e psicológico, conclui-se que a adoção trará benefícios ao adotando – este que necessita de cuidados especiais, e que a família substituta dispensa ao mesmo a proteção necessária apesar de seu formato diferente do modelo tradicional. [...] O estudo psicológico ainda revela que o companheiro do adotante está bastante envolvido com a criação da criança e que os vínculos de filiação estão sendo construídos. [...] Diante do acima exposto e considerando que a adoção assegurará reais vantagens para o adotando e que foram atendidos os requisitos legais, oficia o Ministério Público pela procedência dos pedidos.⁵⁸

No caso da adoção acima indicado, não foi só declarada a homossexualidade do adotante, mas também o fato de este viver uma união homoafetiva e ter seu companheiro, tal qual o adotante, estabelecido recíprocos laços e vínculos afetivos com a criança adotada.

Importa, pois, ressaltar que, maioria dos casos brasileiros, a adoção jurídica se dá pelo prisma da monoparentalidade, ou seja, na maioria dos julgados, foi indeferido o pedido judicial da medida em benefício do par formado por dois homens ou duas mulheres que mantenham entre si relacionamento afetivo. Apesar da presença, muitas vezes, dos laudos sociais e psicológicos indicando a existência de uma união sólida entre o adotante e seu companheiro, a adoção, normalmente, é concedida somente a um adulto, homem ou mulher que dessa forma preenche formalmente no registro de nascimento da criança o lugar ocupado pelo pai ou pela mãe.

É o modo de conseguir o benefício da adoção, na aparente legalidade, de vez que, se por um lado, os dois conviventes serão, de fato, pais socioafetivos do menor, por outro, somente com um deles será constituído o vínculo jurídico de filiação, o que vem em prejuízo do adotando.

A revista *Veja*, de 11 de julho de 2001, relatou a experiência de um par homoafetivo paulista, Renato e Marcos, que vivem juntos há 19 anos. Cada qual adotou uma criança, já

⁵⁸ [RIO DE JANEIRO, 1ª Vara da Infância e da Juventude. Pedido de adoção com destituição do pátrio poder. Autos nº.2001.710.008632-4. Juiz Leonardo de castro Gomes. 16 nov. 2001.](#)

que a justiça brasileira não permitia que adotassem juntos e colocaram todos os bens da família no nome dos dois para não prejudicar nenhuma das duas. Nenhum dos dois assume o papel de mãe, ambos são pais das duas garotas. Interessante o relato de Renato, que é empresário:

A VONTADE DE TER UMA FAMÍLIA.

Quando eu e Marcos completamos quatro anos vivendo juntos, veio a vontade de ter um filho. Montamos enxoval para adotar um bebê. Foi um susto para toda a família. Como poderíamos criar um filho sem uma mãe? Mas eu fui criado para ter uma família: filhos, gato, cachorro, passarinho... Adotamos Débora com 5 meses. Foi uma experiência tão feliz que, seis anos depois, adotamos Lara. Elas lidam muito bem com nossa orientação sexual. Quando Débora foi para a escola, isso a abalou um pouco. Ela notou que os coleguinhas tinham um pai e uma mãe e ela tinha dois pais. Dizemos a ela que nos amamos e é isso que une uma família. Eu sofri e sofro com a discriminação e não quero que isso se repita com minhas filhas. Nós as preservamos ao máximo e as preparamos para enfrentar as diferenças.⁵⁹

Entende-se que a não concessão da adoção conjunta aos homossexuais pode, muitas vezes, interferir nos melhores interesses da criança, pois a realidade social aponta para a formação de um vínculo entre o adotando e o parceiro do adotante. Mas tais situações reais não encontram proteção jurídica que assegure a manutenção ou reflexos jurídicos oriundos desse vínculo afetivo formado pelo companheiro do adotante, em que pese a constatação, na maioria dos casos de vínculos emocionais fortes estabelecidos entre a criança e o(a) companheiro(a) do pai ou mãe adotante. Vínculos afetivos estes que possuem a mesma natureza dos vínculos emocionais das relações entre pais e filhos heterossexuais.

Essa ausência de tutela legal do vínculo formado entre o adotado e o(a) companheiro(a) do adotante não parece trazer conseqüências para a criança, ao menos sob o prisma formal, enquanto dure a relação afetiva entre o par homoafetivo. No entanto, inúmeras conseqüências jurídicas poderão surgir se ocorrer o término dessa relação, quer pela opção do par que resolve se separar, ou pela ocorrência da morte de um dos companheiros. Igualmente preocupante seria uma situação que levasse à incapacidade física ou mental permanente do adotante, que perante a lei se constitui no único genitor (pai ou mãe) do adotado, pois certamente atingiria os interesses da criança sob exclusiva responsabilidade legal.

No que diz respeito à dissolução da união existente entre o(a) adotante e seu companheiro(a), poderia este último vir a reivindicar o direito à convivência com a criança, entretanto, num primeiro momento, esbarraria na ausência completa de base legal e vínculo familiar a permitir-lhe que um juízo ou Tribunal assegurasse tal desejo. Por outro lado, retiraria da criança, também, o direito de vir a pleitear alimentos do(a) companheiro(a) de seu pai ou mãe no caso de necessitar deles, na hipótese de ser o consorte do(a) adotante o

⁵⁹ [BUCHALLA, Anna Paula. Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica. Revista Veja. São Paulo, ano 34, n. 25, p.67.](#)

mantenedor econômico da família, ou de algumas despesas específicas da criança ou do adolescente, como, por exemplo, os custos com a educação.

Mas a situação de não se poder conferir a adoção ao par homoafetivo parece ficar ainda mais complexa sob o plano dos fatos, quando ocorre a morte do adotante, ou uma eventual incapacidade permanente deste, na medida em que a solução paliativa possível para essa criança permanecer no seio de sua família seria um pleito de guarda e tutela por parte do(a) companheiro(a) do(a) adotante, já que um pedido seu de adoção estaria impossibilitado, pois necessitaria da declaração de ausência de qualquer vínculo entre criança e pai ou mãe falecido/incapacitado, o que certamente não seria possível jurídica e, muito menos, moralmente.

Ainda cabe lembrar que essa solução é meramente paliativa e não atinge os melhores interesses da criança tal qual uma adoção conjunta pelo par homoafetivo, pois a guarda judicial e a tutela, apesar de serem institutos jurídicos que visem a tutelar o bem-estar da criança, além de não estabelecerem vínculos jurídicos permanentes e indissolúveis entre o tutor e a criança, deixam de abrigar alguns direitos próprios do estatuto da filiação, como são os recíprocos direitos de sucessão e de alimentos. A guarda e tutela judiciais aqui referidas se encontram reguladas pelos artigos 33 a 37 do ECA, bem como pelos artigos 1728 a 1752 do Código Civil, e este último diploma legal estabelece, no seu artigo 1731, uma ordem legal de concessão da tutela que privilegia os laços parentais inerentes ao adotante, podendo, portanto, gerar eventuais conflitos entre os interesses dos parentes do adotante e os dos eu companheiro no que diz respeito ao destino e aos melhores interesses da criança.

Sendo assim, a suposta barreira que impede uma criança de ter, legalmente, dois pais ou duas mães, num plano secundário, poderá gerar uma série de incertezas quanto ao destino e futuro da criança. Essa constatação não pode ser utilizada para se negar, então, a adoção por uma pessoa homossexual, muito pelo contrário, deve servir de reflexão ao apontar uma fragilidade do sistema, visto que as crianças que pertencem às famílias formadas por pares homoafetivos desenvolvem formas afetivas próprias de lidar com o fato de terem simultaneamente dois pais ou duas mães, para ser um indicador da necessidade de se avançar nessa prática jurídica, na medida em que esse vínculo fático de natureza paterno-filial que se dá entre uma criança e o(a) companheiro(a) de seu pai ou mãe homossexual merece sim acolhida legal para proteger mais do que qualquer outro interesse a pessoa do filho envolvido nessa modalidade de família.

5.2 Deferimento do pedido de adoção ao par homoafetivo: adequação do ordenamento jurídico à realidade social.

A luta pelos direitos dos pares homoafetivos vem se difundindo por todo o mundo há muitos anos. Em alguns países, a adoção por par homoafetivo já é permitida. A tendência mundial está voltada para o respeito aos direitos humanos e, cada vez mais, países vão descriminalizando a homossexualidade, editando leis que regularizam a união homoafetiva, concedendo-lhes os mesmos direitos dos heteroafetivos.

Far-se-á uma visão panorâmica dessas conquistas conseguidas mundialmente, principalmente voltadas para a regularização da adoção de crianças por pares homoafetivos.

Em setembro de 2000, o Parlamento Holandês aprovou, por maioria absoluta (107 votos a 33), a lei que permite o casamento entre homossexuais, dando direito também ao divórcio e à adoção de filhos. O par homoafetivo poderá escolher entre a parceria registrada e o casamento homossexual. Se a adoção for requerida pelo casal, ele deverá ser casado (com coabitação de três anos, pelo menos), porém o homossexual poderá adotar individualmente também. “Existe, ainda, no Parlamento, discussão sobre lei que dispõe sobre a concessão automática do pátrio poder das crianças nascidas durante um casamento ou parceria lésbica à outra parceira”.⁶⁰ Esse país sempre esteve na vanguarda dos direitos aos pares homoafetivos, tendo a legislação mais liberal do mundo.

Ainda em 1997, uma província do Canadá reconheceu a possibilidade de homossexuais assumirem a tutela e adotarem crianças.

Em 1993, a Noruega passou a permitir o registro oficial da união de pares homoafetivos, oferecendo-lhes quase todos os mesmos direitos dos parceiros heteroafetivos. Os parceiros podem compartilhar o poder familiar, porém a adoção de crianças era expressamente proibida. Em 2002, autorizou a adoção de crianças, mesmo a dos filhos de parceiros.

Em 1994, a Suécia promulgou a Lei de Parceria Registrada, também não permitindo a adoção conjunta ou individualmente de crianças. Porém, recentemente, a adoção passou a ser admitida aos pares homoafetivos, sendo que “o Estado não autoriza o casamento, mas somente o registro de uma união civil”.⁶¹

⁶⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Op. cit. p. 52.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Famílias homoafetivas. In: Site Maria Berenice Dias. [Internet]. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007. p.1.

As leis nos Estados Unidos em relação a essa questão são bastante heterogêneas entre seus estados, existem desde leis liberais até leis extremamente conservadoras. Em janeiro de 2002, entrou em vigor, na Califórnia, lei que permite aos pares homoafetivos registrar uma parceria doméstica com direitos semelhantes ao casamento heteroafetivo, incluindo a adoção do filho do parceiro. Já a Flórida proíbe expressamente a adoção por homossexual. Nos outros estados, caso seja feito um requerimento, pode ser deferido, mas não há um posicionamento único. Deferem-se as adoções baseando-se no interesse do menor. Se for deferida, a certidão de nascimento será alterada, passando a constar como duas mães ou dois pais.

Na França e na Inglaterra, os homossexuais solteiros podem adotar, mas casais não.

Na Hungria, têm sido feitas mudanças em sua legislação para permitir que pares homoafetivos adotem crianças.

Antes de elucidar a viabilidade de se deferir ao par homoafetivo brasileiro o pedido de adoção, frente ao melhor interesse do menor, cumpre lembrar que o

Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes [...]. Formando-se uma [...] que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir, como mero espectador.⁶²

Essas conseqüências, oriundas dos vínculos afetivos existentes entre os componentes de uma família formada por pares homoafetivos e suas crianças, se traduzem numa problemática verificada no plano social e que o sistema não pode mais ignorar, sob pena do direito perder sua eficácia como ciência que visa a regular a vida em sociedade.

Por isso, com base tanto na receptividade que a sociedade brasileira possui em relação à homossexualidade, bem como à adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, aliadas ao fato de não haver pesquisa que indique prejuízos para as crianças ou os adolescentes envolvidos em tais processos, ao contrário, indicando que essas adoções são tão benéficas aos interesses dos adotandos quanto qualquer outra, entende-se possível a outorga da adoção conjunta ao par homoafetivo utilizando-se para tanto os mecanismos jurídicos representados pela Constituição Federal de 1988, mormente o artigo 3º, inciso IV, combinado com os artigos 5º, *caput*, e 226, com um viés de se estabelecer a igualdade de proteção a todas as formas de família – e assim sendo, superar os óbices legais dados pela parte inicial do artigo 1622 do CC/02 e pelos §§1º e 2º do artigo 41 do ECA, os quais viabilizam a adoção por quem viver em união estável e pelos então denominados “concupinos”.

⁶² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: **Revista Jurídica. Foz do Iguacu/PR: SCETF**, v. I, n. 1, jul./dez. 1999. p 23.

Esse entendimento deriva da interpretação lógico-sistemática, tanto do §1º, quanto do §2º do artigo 41, os quais fazem menção expressa à possibilidade dos cônjuges ou concubinos adotarem conjuntamente uma criança ou adolescente, ou somente um deles, quando a criança ou adolescente a ser adotado já gozar do *status* de filho do outro. Exige-se para isso somente que um dos parceiros ou cônjuges tenha 18 (dezoito) anos, nos termos do Código Civil, e se prove a estabilidade da família, não havendo, pois, menção à necessária heterossexualidade do relacionamento dos adotantes.

O ECA não faz restrições, portanto, quanto à orientação sexual do(s) adotante(s).

O artigo 3º da CF/88 e seus incisos visam proteger a dignidade humana, buscando uma sociedade livre, solidária e justa. Busca ainda erradicar a marginalização de todos os brasileiros, promovendo-lhes o bem-estar, sem que haja preconceito de raça, origem, cor, idade, sexo e quaisquer outras formas de discriminação. O direito à intimidade é garantido pelo artigo 5º, X, da CF/88.

O princípio da igualdade vem expresso na CF/88 em seus artigos 3º, IV; 5º, I e 7º, XXX. Fica bem clara a impossibilidade de tratamento diferenciado em função de orientação sexual. Baseando-se nesse princípio, coroado pela Carta Magna, Maria Berenice Dias afirma que a convivência do par homoafetivo em nada se diferencia da união estável. Defende que, através de interpretação analógica possa se aplicar o mesmo regramento da união estável, por se tratar de um relacionamento baseado no amor, no afeto. Para a magistrada:

Ainda hoje, tais relacionamentos são tidos como uma afronta à moral e ao que se considera “bons costumes”. Essa visão conservadora e preconceituosa acaba inibindo o legislador de aprovar leis que possam ser consideradas fora dos padrões aceitos pela sociedade. A falta de uma regulamentação para a união civil entre homossexuais comprova esse preconceito. É como se as pessoas que assim vivem não pudessem ter direitos civis.

É claro que essa omissão de lei tem um preço alto: alimenta a discriminação, o preconceito e termina até servindo como fundamento para legitimar os atos de violência de grupos homofóbicos.[...]

Mas o que considero mais cruel é negar aos homossexuais o direito de constituir uma família, o que é, outra forma de preconceito. Não podemos continuar excluindo milhares de pessoas da possibilidade de viver conforme sua orientação sexual, com parceiros do mesmo sexo, pois está cientificamente provado que não se trata de um desvio, nem de um vício, nem de um crime, e não pode o Estado se arrogar o direito de definir o tipo de relações afetivas que as pessoas devem ter.⁶³

Ela continua dizendo da importância da regulamentação da união civil entre parceiros do mesmo sexo, mas alerta que enquanto a lei não for editada, deverá a Justiça assegurar a essa minoria a dignidade humana, consciente de que as leis existentes não podem servir de limites para a prestação jurisdicional. Cabe ao Judiciário suprir lacunas existentes através da

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Gay também é cidadão*. In: *Site Maria Berenice Dias*. [Internet]. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007. p.1.

analogia, costumes, princípios gerais do direito, mas, sobretudo, através dos direitos fundamentais, que são o alicerce de todo estado democrático de direito.

Pois bem, a jurisprudência orientada por valores de pluralidade e dotada de uma maior sensibilidade com a temática das necessidades essenciais do ser humano vem admitindo e considerando que as uniões formadas por pares homoafetivos possam ser consideradas como entidades familiares e, em assim sendo, poderem os companheiros pleitear conjuntamente a adoção de uma criança ou, então, a adoção do filho do outro(a) parceiro(a).

Os entraves legais poderiam ser postos pelo mencionado artigo 1622, *caput*, do Código Civil, que estabelece que ninguém pode ser adotado por duas pessoas se estas não forem marido e mulher. Mas diante dessa possibilidade da Constituição Federal de 1988 autorizar o reconhecimento de outras formas de organização da família, bem como diante do fato da jurisprudência ter declarado que a união homoafetiva possui características de entidade familiar, legalmente parece não haver maiores obstáculos para a concessão da adoção de forma conjunta aos pares homoafetivos, pois os próprios artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do novo Código Civil brasileiro possibilitam que companheiros adotem, não estabelecendo a necessidade da diversidade de sexos entre os adotantes.

Resta, entretanto, para ser superado o forte peso moral e cultural que é o fato da criança conviver e apresentar-se socialmente como tendo dois pais ou duas mães.

5.3 Viabilidade psicológica da educação pelo par homoafetivo

Em matéria de adoção, o que se privilegia são os melhores interesses da criança. Como a lei não estabelece um critério para se definir quais seriam esses melhores interesses, necessário se faz buscar socorro em outras ciências que versam sobre essa temática, de maneira especial, a psicologia, pois quanto às questões de ordem econômica, objetivo primeiro da assistência social, os fatos indicam que as crianças recebem melhor atendimento de suas necessidades básicas tanto de forma quantitativa quanto qualitativamente na companhia da família substituta, entre elas a composta por homossexuais, do que nos lares e casas de abrigo onde lhes falta o essencial que é a convivência familiar, o atendimento carinhoso, afetivo e personalizado, próprio de quem deseja com ela, criança ou adolescente, estabelecer vínculos e laços emocionais recíprocos e permanentes.

Cumpra reconhecer a carência de estudos a respeito da família biparental homossexual, respectivamente, quanto aos seus aspectos intersubjetivos e jurídicos relacionados ao instituto da adoção.

A indagação leiga ou contra-argumento mais freqüente, no que tange à criação e à adoção pelo par homoafetivo, apresenta a possibilidade de a orientação afetivo-sexual dos pais interferir no desenvolvimento da afetividade dos filhos, como se, pela convivência, esses estivessem propensos a se tornarem, também, homossexuais.

Para algumas linhas do pensamento psicológico, a adoção por parceiros homoafetivos se reveste em verdadeiro tabu que inverte os modelos masculino e feminino. Para outras, entretanto, a preocupação com a maternidade e a paternidade está voltada para os papéis desempenhados pela mãe e pelo pai, ou, ainda, para as habilidades da maternidade e da paternidade. Papéis e funções estas que não correspondem, necessariamente, às figuras físicas da mãe e do pai.

O foco da problemática da adoção por pares homoafetivos emerge da possibilidade de que a opção sexual do adotante, no caso a homossexualidade, acabar se traduzindo num malefício para a formação psíquica e moral da criança a ser adotada. Essa preocupação, quando pensada de forma mais cautelosa e profunda, acaba desnudando ainda o viés discriminatório e relação à homossexualidade, apesar de todo esforço e avanço no campo da medicina e da psicologia que já não a consideram como doença ou como conduta comportamental desviante.

Com a preocupação primeira de que a homossexualidade do adotante se traduza em algo pernicioso à formação da criança ou que, por essa única razão, poderia a criança também desenvolver sua preferência sexual pela homossexualidade, comprova-se a inferência a um padrão tido como o único correto para o ser humano exercitar sua sexualidade, que seria a heterossexualidade, refletindo sobre a homossexualidade, ainda uma “conduta desviante” desse padrão.

Mesmo não havendo, por ora, posicionamento científico definitivo, sobre se a orientação sexual dos pais faz diferença significativa na educação de crianças e adolescentes, torna-se imperioso afirmar que nenhuma pesquisa médica ou psicológica obteve êxito em comprovar que a homossexualidade dos pais é fator suficiente o bastante para determinar a sexualidade dos filhos. Isso se torna bastante evidente no fato de serem os adultos homossexuais, na sua grande maioria, filhos de pais heterossexuais, tendo convivido desde tenra idade em ambiente familiar e social onde imperavam os modelos de relacionamento heterossexuais. Essa constatação empírica conforma um indicativo forte que afasta a hipótese

de ser a sexualidade dos pais, por si só, motivo suficiente para determinar a sexualidade dos filhos.

Os sentimentos de paternidade e de maternidade (bem como o preparo emocional para o seu exercício) independem da orientação sexual dos pais e das mães – haja vista o enorme contingente de crianças e de adolescentes educados no seio de famílias monoparentais heterossexuais e homossexuais – que gozam, como mencionado, de clara proteção constitucional no Brasil (art. 226). Frente ao atual sistema jurídico e aos avanços na área da Psicologia e ciências afins, “não há nada, além do preconceito e da ignorância, que possa interferir na constituição de uma família entre homossexuais”.⁶⁴

No sentido de comprovar a ausência de problemas às crianças/adolescentes adotados por homossexuais, em função da orientação homossexual dos pais, Lídia Natália Dobrianskyj Weber cita algumas pesquisas realizadas nos Estados Unidos que são importantes de serem transcritas:

Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmaram, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou somente um deles; o mais importante é como essa família vive.

McIntyre (1994) faz uma análise de pais e mães homossexuais e os sistemas legais de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão afetivos quanto casais tradicionais.

Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criadas por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional.

Samuels (1990) destaca que, mais importante do que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável.⁶⁵

Conforme acima, pesquisas recentes realizadas nos Estados Unidos confirmam que crianças criadas por pares homoafetivos não apresentam problemas maiores do que as criadas por casais heterossexuais. A definição sexual dos pais não cria problemas para os filhos, muito menos transformam-nos em homossexuais, como se isso fosse possível. O papel de pai e mãe é exercido independentemente de sexo.

⁶⁴ BRUNET, Karina Schuch. *A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania*. In: *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul/RS: Notadse, a. 48, n. 281, mar. 2001, p. 83.

⁶⁵ WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002. p. 80 e 81.

As conclusões trazidas pela psicóloga acima mencionada, que demonstram que as adoções por homossexuais, além de não trazerem prejuízos para as crianças e adolescentes envolvidos, alcança os mesmos benefícios dados às crianças que são adotadas por famílias substitutas de formato tradicional, só reforçam o lado obscuro do preconceito ainda presente contra a homossexualidade, pois essa constatação desnuda ser ele o fator que está a inviabilizar a concessão de adoções conjuntas a esses parceiros.

Confirmando as pesquisas acima, tem-se a transcrição abaixo:

2002 (13 de dezembro) – A Associação Psiquiátrica Americana (APA), que já incluía em anos anteriores a homossexualidade como doença mental em seus anais, **pronuncia-se a favor da adoção de crianças por casais GLS.**

Em comunicado declara: “A APA apóia iniciativas que permitam a casais de mesmo sexo a adoção de crianças ou custódia de filhos e apóia todos os direitos legais, benefícios e responsabilidades associados ao fato e que sejam consequência de tais iniciativas”. A APA é uma das associações de classe mais poderosas dos Estados Unidos e representa cerca de 38 mil profissionais da área no país. O comunicado cita ainda os 30 anos de pesquisa que comprovam que filhos criados por pais gays ou lésbicas têm o mesmo desenvolvimento que os outros. A APA vem se adaptando aos tempos. Em 2000, a associação recomendou oficialmente que os estados americanos reconhecessem legalmente os casais de mesmo sexo. Outros grupos médicos que apóiam os direitos de adoção de filhos por casais homossexuais nos EUA são a Academia Americana de Pediatras e a Associação Americana de Médicos de Família.⁶⁶(Grifo da autora)

A partir do resultado de pesquisas semelhantes às acima expostas, Maria Berenice Dias conclui:

Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores é geradora de patologias, eis não ter sido constatado qualquer efeito danoso para o desenvolvimento moral ou a estabilidade emocional da criança conviver com pais do mesmo sexo. Muito menos se sustenta o temor de que o pai irá praticar sua sexualidade na frente ou com os filhos. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, ou que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero.⁶⁷

É pertinente apresentar parte dos resultados da primeira e mais ampla pesquisa brasileira de opinião (1.058 entrevistados), sobre adoção por homossexuais, realizada por sugestão do Desembargador paraense Paulo Frota e levada a efeito pelo Juiz da Infância e da Juventude do Recife, Luiz Carlos de Barros Figueiredo. “Um pouco mais da metade (52,4%) dos entrevistados consideram que um pedido de adoção não pode ser indeferido em razão da opção sexual”. Dos grupos homogêneos questionados – juízes/desembargadores; promotores/procuradores de justiça; advogados; professores universitários; donas-de-casa; outros (profissionais de ramos diversos) e psicólogos/assistentes sociais –, certamente, pela

⁶⁶ Cronologia do movimento guei: uma trajetória contra o preconceito. 2002. In: **Estou feliz assim** [Internet]. Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 100.

visão – no geral – mais científica e aprofundada da sexualidade (no que tange ao aspecto psíquico), esse último grupo se destacou pelo maior percentual de respostas favoráveis, tanto à adoção por homossexual solteiro (70% de tais respostas), como pelo par homoafetivo (57,5%). As opiniões também foram mais favoráveis, quanto à adoção por um homossexual e por ambos, entre os professores universitários (50,7% e 37,3%, respectivamente) e entre outros profissionais (45,6% e 39,1%), ao lado do menor percentual de posições favoráveis entre os advogados (43,5% e 35,6%), juízes/desembargadores (37,7% e 32,1%), promotores/procuradores (28,3% e 20,8%) e donas-de-casa (26% e 21,1%).⁶⁸

Os profissionais de Psicologia e de Serviço Social, por não estarem preocupados com a literalidade legal, e sim, com o bem-estar integral do adotando, nos aspectos psíquico e social, demonstraram-se seguros e bem informados quanto ao essencial em uma educação (principalmente na criação de uma prole socioafetiva, como a adotiva): a dosagem suficiente de amor e equilíbrio emocional, perante as situações inusitadas ou desafiadoras que a maternidade e a paternidade, certamente, suscitam (a necessidade de impor limites, por exemplo) – o que não é privilégio, nem de pares homoafetivos, nem de casais heterossexuais; mas o resultado da estabilidade afetivo-emocional de qualquer relação a dois.

Os pares homoafetivos estão, em princípio, como os demais, aptos a proporcionar um ambiente familiar adequado ao pleno e saudável desenvolvimento dos que estejam sob os seus cuidados, do ponto de vista psicológico. Independente, pois, da orientação sexual dos educadores e

sejam quais forem as particularidades da situação, seja qual for a idade do menino ou da menina, a empatia dos pais com relação à difícil luta do filho pela individualidade e sua solidariedade, pelas tentativas deste para descobrir, afirmar e, finalmente, definir e testar a si próprio são de suprema importância para a criança. Ela precisa da solidariedade dos pais, como uma emocional base para ser capaz de conquistar uma identidade viável e consistente, que lhe permita enfrentar a vida de modo autêntico.⁶⁹

O preconceito também nos mostra sua face quando se propões a encobrir questões que atormentam a humanidade desde os tempos mais remotos, que é o abuso sexual de crianças/adolescentes, porque ao se tratar das adoções por homossexuais existe a suspeita de que essas adoções se destinem a esse fim. Entretanto, a simples constatação de serem os pais heterossexuais não é suficiente o bastante para conferir a integridade à formação psicoemocional dos filhos, na medida em que inúmeros são os casos das perversidades sexuais verificados no interior das famílias, quer sejam ou não formadas por pais e mães

⁶⁸ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

⁶⁹ BETTELHEIM, Bruno. **Uma vida para seu filho: pais bons o bastante**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 149 *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Op. cit.* p. 123.

biológicos e heterossexuais. Sobre essa realidade, assim afirmou Lídia Natália Dobrianskyj Weber:

Dullea (1988) revela que existem preocupações da população sobre a possibilidade de homossexuais abusarem sexualmente de seus filhos ou ainda que as crianças seriam influenciadas por seu comportamento homossexual. No entanto, (Coates & Zucker, 1988) afirmaram que não existe evidência que pais homossexuais abusem de seus filhos com mais freqüência do que o fazem pais heterossexuais.⁷⁰

Por conta desses fatos é que a simples constatação da homossexualidade do(a) adotante não pode ser fator suficiente a afastar a possibilidade da adoção quando elementos outros indicarem que a criança estará em ambiente familiar favorável ao desenvolvimento amplo de suas potencialidades humanas. Também, pensando exclusivamente nas crianças e adolescentes abandonados à mercê da adoção, o Estado, por meio do sistema jurídico deve efetivar aquilo que a sociedade instituiu como seu dever, que é conferir o direito à convivência familiar e comunitária às crianças e aos adolescentes, assim como tutelar-lhes os melhores interesses, por isso a necessidade de se suplantarem os formalismos que impedem uma criança ou um adolescente de ser adotado conjuntamente por duas pessoas de mesmo sexo, pois estas terão condições jurídicas de melhor assegurar a efetivação dos direitos essenciais da criança do que somente um deles.

Na verdade, em última análise, as adoções conjuntas por pares homoafetivos precisam do reconhecimento judicial do que a realidade já comprova: as crianças e adolescentes inseridos em tais famílias substitutas ou naturais lidam de forma tranqüila com a presença de dois pais ou duas mães, o que na realidade mais lhes pode vir a perturbar é o preconceito social, e o antídoto contra este é o direito.

5.4 Primeiras aberturas do Poder Judiciário brasileiro

O momento social deve ser acompanhado pelo direito. Se a lei não acompanhar a evolução da sociedade, o direito não pode ficar esperando-a acontecer. Casos concretos surgem para serem julgados e a solução não pode ser baseada em opiniões preconceituosas de julgadores, em posturas individuais, sejam de aceitação ou de discordância. No caso de lacuna da lei, o juiz deve pautar-se no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, usando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Afirma Maria Berenice Dias:

⁷⁰ [WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Op. cit. p. 80.](#)

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de “normal”. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à justiça e a busca da tutela jurídica.⁷¹

Sendo assim, a jurisprudência sempre surge antes da lei. Por isso, torna-se importante dar um passeio sobre a jurisprudência brasileira a respeito da adoção por pares homoafetivos com orientação homoafetiva.

A primeira abertura do Poder Judiciário brasileiro deu-se na cidade de Catanduva/SP, quando um magistrado, Dr. Júlio César Spoladore Domingos, aceitou que dois homens (que já conviviam, há mais de dez anos, em união homoafetiva estável), entrassem para a fila de espera de pais adotivos em 2004 (sendo que, desde 1998, quando o pedido havia sido negado, ambos tentavam se inserir no referido grupo de espera). Tanto este timoneiro juiz, quanto o representante do Ministério Público, dentre outros fundamentos para a aceitação, orientaram-se pela Resolução nº 01/99⁷², do Conselho Federal de Psicologia que, estabelecendo normas de atuação para os psicólogos em relação à orientação sexual humana, veda qualquer tipo de tratamento discriminatório com relação à homossexualidade, ratificando que esta não se trata

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: uma realidade que o Brasil insiste em não ver*. In: **Site Maria Berenice Dias** [Internet]. Disponível em: <<http://www.mariaberenedias.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007. p.2.

⁷² **RESOLUÇÃO CFP Nº 1/99, DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA:**

"Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual"

O Conselho Federal de Psicologia no uso de suas atribuições legais e regimentais, **Considerando** que o psicólogo é um profissional da Saúde; **Considerando** que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é freqüentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade; **Considerando** que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade; **Considerando** que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão; **Considerando** que há uma inquietação na sociedade em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida socioculturalmente; **Considerando** que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento das questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações. **RESOLVE:**

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão, notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção do bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreçam patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão e nem participarão de pronunciamentos públicos nos meios de comunicação de massa de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Brasília, 23 de março de 1999.

Ana Mercês Bahia Bock

Conselheira-Presidente

de doença, desvio ou distorção e que, por isso, os profissionais da Psicologia não devem colaborar “com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades” (conforme o parágrafo único do artigo 3º, da citada Resolução, de autoria da competente pesquisadora e escritora, professora Dr^a Ana Mercês Bahia Bock).⁷³

Segundo reportagem publicada no site Gay Brasil, os cabeleireiros empresários Vasco Pedro da Gama Filho, de 33 anos, e Dorival Pereira de Carvalho Júnior, de 42 anos, conseguiram o direito de ingresso, em conjunto, para a fila de espera de pais adotivos, após a realização de uma série de testes, tendo que responder a diversos questionários e submeter a sua vida afetivo-familiar, a investigações e observações de psicólogos e assistentes sociais da Comarca. Nada mais normal e regular em um processo de adoção, a realização de tais diligências, como mesmo exige o ECA:

“Eles queriam saber se tínhamos condições psicológicas e sociais de cuidar de uma criança”, explica V.. Segundo ele, depois de responder um questionário sobre o perfil da criança que desejavam adotar, o casal teve de passar por avaliações psicológicas e receber assistentes sociais na casa onde mora. Depois disso, o processo foi enviado para avaliação do Ministério Público e Juizado da Infância e da Juventude, que autorizaram a adoção.

À imprensa, o promotor de Justiça de Catanduva, Antônio Bandeira Neto, que se manifestou a favor da adoção, disse que a decisão da Justiça foi baseada na Resolução 01/99, do Conselho Federal de Psicologia, segundo a qual “a homossexualidade não constitui doença, distúrbio nem perversão” e, por isso, não pode impedir a adoção. O casal espera agora uma menina de 2 a 4 anos de idade para adotar.

Nas duas instituições conveniadas de Catanduva há 56 crianças e adolescentes à espera de adoção e no município há 45 casais esperando uma criança para adotar. V. e D, que estão juntos há 13 anos, já decoraram o quarto da futura filha com detalhes em rosa, como bonecas, cama e outros objetos. “Sabemos que será uma responsabilidade para o resto de nossas vidas e, por isso, vamos fazer essa criança feliz”, diz D. Segundo ele, não há preocupação com uma possível discriminação que a criança vá sofrer. “Temos sobrinhos que passaram por isso e soubemos orientá-los”, disse D.. Para V., a adoção deveria ser uma prática mais comum no Brasil: “há muitas crianças esperando um lar e muitas mães querendo filhos”, diz.⁷⁴

Em março de 2006, a guarda foi dada primeiramente ao Sr. Vasco. Depois, o Sr. Dorival entrou com pedido de paternidade e uma certidão histórica de dupla paternidade saiu em outubro de 2006. A certidão de nascimento da menor Theodora Rafaela Carvalho da Gama, de seis anos, é a primeira, no Brasil, que tem dupla paternidade.

O processo não foi fácil. Vasco adotou Theodora como solteiro, praticamente uma praxe em uniões do mesmo sexo. Era o 46º na fila de adoção. Theodora, então perto de

⁷³ [SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p 144.](#)

⁷⁴ [JUSTIÇA autoriza casal gay a adotar uma criança. Site Gay Brasil. Disponível em: <http://www.gaybrasil.com.br/notas.asp?Categoria=Radar&Codigo=2114>. Acesso em: 05 abr. 2008.](http://www.gaybrasil.com.br/notas.asp?Categoria=Radar&Codigo=2114)

completar quatro anos, foi preterida pelos casais heterossexuais, que preferiam uma criança mais nova e mais clara.⁷⁵

De teor pouco modificado com relação às demais certidões de nascimento (padronizados e excludentes por refletirem somente a família nuclear heterossexual), a Certidão supracitada de Catanduva/SP é um referencial vanguardista no Brasil.

A segunda e marcante abertura judicial se deu na cidade de Bagé/RS, quando o Dr. Marcos Danilo Edon Franco, Juiz da Infância e da Juventude, possibilitou a constituição do vínculo legal da filiação, através da adoção, de duas mulheres para com dois menores. Ambas convivem juntas, em união afetiva sólida, há mais de oito anos, e uma delas já havia conseguido a adoção das duas crianças. A decisão do magistrado revelou extrema sensibilidade e coerência, ao estender, à companheira da mãe adotiva, o vínculo de maternidade para com os menores, pois, além de esses já estarem, de fato, sendo educados e convivendo com ambas, o pedido da outra mãe sócio-afetiva se baseou no claro desejo de compartilhar, juridicamente, com a sua companheira (já, legalmente, mãe adotiva), as mesmas responsabilidades e deveres jurídico-parentais para com os pequenos.⁷⁶

Mesmo com o inconformismo do Ministério Público da comarca em questão, ao vislumbrar, de modo literal, a legislação brasileira (entendendo que a adoção por casal convivente em união estável só poderia ocorrer na união entre homem e mulher), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da sua Sétima Câmara Cível, negou provimento, por unanimidade, à Apelação Cível interposta pelo MP (Proc. nº 70013801592), confirmando a possibilidade de adoção por par homoafetivo nestes termos:

Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, tem como decorrência inafastável a possibilidade de que seus componentes possam adotar.

O Des. Luís Felipe Brasil Santos, na sua fundamentação, tocou, no âmago da questão, doutrinariamente, controvertida:

Partindo, então, do pressuposto de que o tratamento a ser dado, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável (sendo esta convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família), deve ser o mesmo que é atribuído, em nosso ordenamento, às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a estas pessoas, o direito de adotarem em conjunto.

Vale, nesta direção, transcrever, abaixo, a ementa da decisão do TJ/RS, que, sem dúvida, será o marco jurisprudencial para o deferimento de novas adoções por pares homoafetivos no país:

⁷⁵ [ALMEIDA, Cássia. Documento histórico: certidão de Theodora é a primeira no Brasil com dupla paternidade. O Globo. Rio de Janeiro, 09 março 2008. Economia, p. 35.](#)

⁷⁶ [SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 146 e 147.](#)

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

Vale ressaltar que a sessão histórica ocorreu no dia 05.04.2006 e que, além do relator, também julgaram o caso o Desembargador Ricardo Raupp Ruschell e a Desembargadora Maria Berenice Dias.

Em 14 de maio de 2006, outra importante decisão veio da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso do Rio de Janeiro, que, pela primeira vez, permitiu que um casal de mulheres, com base no princípio constitucional da igualdade em relação aos casais homossexuais, avançasse, em termos processuais, rumo à adoção de uma criança em conjunto. O caso se refere à jornalista Maria Leticia de Sarmiento Mariano Cordeiro e à radialista Arlécia Corrêa Duarte, que viviam uma união homoafetiva há cinco anos. Elas já se articulavam, frente ao Poder Judiciário, há três anos, pleiteando esse direito. A decisão do Juiz Sandro Pitthan Espíndola permitiu a inclusão de Arlécia como pólo ativo no processo de adoção da criança C., de dois anos e seis meses.⁷⁷

Felizmente, em 24 de agosto de 2007, foi deferido o pedido de adoção da criança, cancelando-se o Registro de Nascimento original e expedindo mandado para registro do adotando, devendo constar os nomes das adotantes, sem serem mencionadas as palavras mãe e pai.

Ainda sobre este avanço, é relevante a análise da citação que se segue, porque vem somente demonstrar o óbvio: que família se forma e se constitui pelo amor (independente de qualquer circunstância externa ou material).

“Eu tenho amor pelo meu filho. É incondicional. Não preciso de um papel para sedimentar tal sentimento em meu coração. O registro legal é importante para possibilitar que ele, hoje e amanhã, usufrua plenamente os benefícios do meu trabalho”, declara a radialista.

A mãe do menor, V.C.S. foi citada em abril último na Ação de Destituição do Poder Familiar. Ela vive em local incerto. Segundo a Defensoria Pública do Estado do Rio, que pela primeira vez trata de caso do gênero, V. nunca prestou qualquer assistência ao filho.

⁷⁷ [Ibidem. p. 155.](#)

Tanto, que ao ser deixado no Abrigo Lar Luz e Amor, no subúrbio de Bonsucesso, ele não possuía registro civil de nascimento. A certidão está sendo pleiteada no processo, somando-se ao nome C. os sobrenomes da jornalista e da radialista.

No documento de adoção cumulada encaminhado ao Juízo da Infância, Juventude e do Idoso em março do ano passado, a defensora pública Eufrásia Maria Souza das Virgens – “um dos anjos que cruzou o nosso caminho”, diz Letícia – cita registros do Conselho Tutelar de Ramos, um deles reproduzindo laudo médico quando de uma passagem de C. pelo Hospital Estadual Getúlio Vargas: “criança desnutrida, anêmica, desidratada e com infecção respiratória. Nasceu aos sete meses de gestação, não faz puericultura e nem foi amamentada”.

O processo aberto na Justiça fluminense segue o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 1990, entre outras leis. Embora não haja restrição à adoção por parceiros e parceiras do mesmo sexo, casos como o de Letícia e Arlécia ainda causam polêmica.

A afirmação de que criança adotada que vive em lar homossexual será socialmente estigmatizada vem sendo pouco a pouco derrubada por pesquisas nas quais se constataram a inexistência de diferenças na identidade de gênero ou na orientação sexual das crianças e adolescentes. Mas muitas pessoas não concordam com os resultados desses estudos.

Na ação que já dura três anos, a Defensoria Pública do Estado do Rio destaca que a adoção homossexual encontra respaldo na Constituição Federal, “que consagra o princípio da proteção integral e prevê a adoção como forma de atender o direito à convivência familiar e comunitária, não havendo qualquer vedação legal ao pedido de adoção por parte de pessoas que mantenham relação de afeto, independentemente de sexo”.

Sublinha, ainda, que requisitos legais estão sendo seguidos, citando a capacidade civil das companheiras, diferença de idade superior a 16 anos entre adotante e adotado e o quadro geral favorável, “uma vez que há convivência de fato com a criança, assistência afetiva, moral e material”.

Quando Letícia Sarmiento se cadastrou no Juizado de Menores, ela o fez identificando Arlete como sua companheira. Nos encontros que se seguiram com psicólogos e assistentes sociais, um ano depois, ambas estavam sempre juntas, assim como lado a lado percorreram os abrigos. “No início deu para perceber que os entrevistadores tinham despreparo face a situação. Não era um preconceito, mas incapacidade em lidar com o fato” explica.

A intolerância, segundo ela, deu as caras dois anos depois, quando identificaram C. no abrigo. “O juiz Sandro Espindola negou todas as guardas provisórias, com aval da Promotoria, deixando de considerar, que o menino estava com pneumonia dupla, subnutrido, coberto com feridas na pele e com o estado emocional tão abalado que seu cabelo não nascia, apesar dele ter 1 ano e três meses”.

De acordo com Arlécia, o menor ficou cinco meses tratando-se com diversos especialistas. Algumas conseqüências ainda se fazem notar, como a volta da pneumonia, apesar da assistência médica.

Quando se sentiram impotentes para tocar o processo, as duas recorreram a amigos e bateram na porta da Defensoria Pública. “Na instituição encontramos pessoas efetivamente interessadas em ajudar” enfatiza Letícia Sarmiento, mostrando na mesa da defensora Eufrásia Souza fotos de C. à época e imagens mais recentes.

Como inúmeras outras pessoas no Estado do Rio, as duas reclamam da extrema lentidão do Judiciário fluminense num processo de adoção. “Quem decide ter um filho que não fecundou tem pressa. A gravidez acontece quando você entra no Juizado pela primeira vez. Não deveria ser algo que levasse mais de nove meses” reclama a jornalista, sublinhando que do grupo de 40 pessoas da qual fazia parte há gente esperando até hoje a Carta de Adoção.

Ela afirma ter esperado um ano pela primeira entrevista e quase dois anos até receber a lista com os endereços dos orfanatos e abrigos a visitar. “E olha que para agilizar o processo, além de deixarmos claro nossa estável relação e condições financeiras para cuidar de uma criança, declaramos aceitar qualquer menor com até três anos de idade”.

Finalmente, de posse da relação, achar C. demorou só um mês. “Foi amor à primeira vista”. O primeiro Termo de Guarda Provisória foi emitido dia 12 de abril do ano passado.

Sincera, Leticia não hesita quando perguntada que conselho daria as pessoas que querem ter um filho adotivo. “Vão para fora do Rio. Só conseguimos na cidade porque surgiram anjos da guarda em nosso caminho. Não fosse isso, a burocracia teria nos derrotado. Quase enlouquece a lentidão do andamento do processo. A desinformação é geral, inclusive nos abrigos”.

Não é por menos que passado já tanto sufoco, as duas terão o que comemorar nesse Dia das Mães. Com C. ao lado, claro.

Processos 2003.710.008125-2 e 2005.710.001858-3⁷⁸

No Rio Grande do Sul, outro par homoafetivo de mulheres logrou deferimento de uma adoção conjunta em 2007. A decisão veio do Juiz José Antônio Daltoé Cezar, da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Ele determinou o cancelamento do registro original, com o nome dos pais biológicos, e a inscrição da nova filiação do menor, sem mencionar nos documentos as palavras pai e mãe. Conforme o ilustre julgador, “queira ou não o Poder Público, duas pessoas do mesmo gênero, mais nos dias de hoje do que antigamente; constituirão entidades familiares com vínculos de afeto, criação e educação os seus filhos”. Para o magistrado, a previsão constitucional de três formas de família (casamento, união estável e comunidade monoparental com descendentes) não é impedimento para adoção por pares homoafetivos. “Os ordenamentos jurídicos também possuem uma outra norma geral cuja característica é regular os casos não previstos”.⁷⁹

No âmbito da tutela e da guarda, dispensam registro os inúmeros casos no país envolvendo homossexuais, pois já se tornaram corriqueiros. Alguns, entretanto, são importantes, por estarem se encaminhando a adoções. É exemplo um casal de cabeleireiros de Ribeirão Preto/SP, que obtiveram, em 2007, a guarda provisória de quatro irmãos: três meninas e um menino. Os pretendentes à adoção convivem juntos, em união sólida, há mais de quinze anos e a tendência é de que o Juiz Dr. Paulo César Gentile, da Vara da Infância e da Juventude, colabore com a evolução da guarda para o deferimento da adoção em conjunto.⁸⁰

Digno de menção é o Projeto de Lei 1.756/03, reconhecido como “Nova Lei de Adoção”, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional – apresentado pelo Deputado Federal João Matos (Presidente da Frente Parlamentar de Adoção). No corpo da redação de tal projeto, fora inserida disposição que possibilita deferimento de adoção conjunta a homossexuais – em nome de ambos conviventes em união sólida. Ocorre que, diante de um Congresso Nacional repleto de parlamentares, que legislam e se posicionam com base em

⁷⁸ [HERDY, Ronaldo. Lar seguro: casal homossexual consegue adoção no Rio. ESTADÃO. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/44362,1>. Acesso em: 11 jan. 2007.](http://conjur.estadao.com.br/static/text/44362,1)

⁷⁹ [SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 158.](#)

⁸⁰ [Ibidem. p. 159.](#)

doutrinas religiosas, a interpretação direta ou indireta, em prol de pares homoafetivos adotarem, certamente, obstará a aprovação do citado Projeto neste particular. Entretanto, esta previsão, em parte, apresenta-se desnecessária, face ao panorama atual brasileiro, visto que as adoções por pares homoafetivos continuarão sendo deferidas no país. É lógico que, sendo aprovado, haveria mais segurança jurídica e imperatividade do tratamento não-discriminatório aos pares homoafetivos, que até se encorajariam mais a se dirigirem às Varas da Infância e Juventude.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o propósito de enfrentar a polêmica envolvendo o direito à adoção por pares homoafetivos. Procurou-se refletir sobre como a ciência do direito vem concebendo e tratando a nova demanda social, representada pelo desejo dos homossexuais formarem uma família, tornando-se pais por meio da adoção conjunta de crianças e adolescentes, e a investigar se existem e quais seriam os mecanismos legais, dispostos no sistema, aptos a contemplar essa problemática.

Paralelamente, investigou-se a possibilidade do desejo à paternidade dos homossexuais conformar simultaneamente os melhores interesses e a efetivação dos direitos constitucionais das crianças e dos adolescentes na forma consagrada pela Constituição Federal de 1988. De forma específica, atentou-se para o direito a convivência familiar e comunitária cuja concretização possibilita a inserção da criança ou do adolescente numa família substituta, e o conseqüente acesso aos demais direitos essenciais a essas pessoas.

Analisou-se, ainda, o novo redimensionamento que o conceito da homossexualidade apresenta atualmente e, com base na perspectiva da concretização e da efetivação dos direitos

constitucionais fundamentais assegurados a todos os cidadãos indistintivamente, principalmente o princípio jurídico da igualdade, entendeu-se possível a consagração da homossexualidade como uma forma legítima de exercer a sexualidade humana. Defendeu-se, com isso, a possibilidade do direito se prestar como um mecanismo social eficiente para abrandar o preconceito que ainda recai sobre a temática da homossexualidade. É necessário o reconhecimento legal da existência de outras formas legítimas de exercício da sexualidade, pois as pessoas que possuem orientação sexual diferente da heterossexualidade, permanecem, por conta disso, marginalizadas na sociedade.

Constatou-se que, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a noção familiar atrelada somente ao casamento, elevando a família, qualquer que seja ela, à base da sociedade e, por isto, merecedora de plena e especial proteção do Estado (artigo 226, *caput*, CF/88). Neste sentido, não é o ente estatal, nem o constituinte e nem os parlamentares de posições religiosas fundamentalistas que devem dizer o que é família, mas a complexa dinâmica social, que tem na aproximação pela afetividade mútua e pelo desejo comum de convivência, a base da composição familiar. Ao lado dos tipos familiares, reconhecidos de modo exemplificativo no citado artigo 226 da Lei Maior – casamento, união estável e família monoparental –, o Poder Judiciário vêm reconhecendo modalidades de família não previstas literalmente, como as uniões homoafetivas, mas inclusas na cláusula protetora geral que é o *caput* do referido artigo 226.

Conclui-se que as uniões homoafetivas podem ser consideradas como uma modalidade de família se nela estiverem presentes os requisitos da afetividade, solidariedade, publicidade e mútua assistência entre os seus membros.

No já aberto caminho de reconhecimento de efeitos jurídico-familiares às uniões homoafetivas, parte sensível do Poder Judiciário vem, de modo muito coerente, utilizando-se de recurso integrado da analogia (artigo 4º da LICC), já que, por ora, não há lei federal regulamentadora das conseqüências jurídicas das uniões homoafetivas no Brasil. É deste modo que, no presente, pode-se assistir à constituição do vínculo de filiação adotiva entre um menor e dois homossexuais que, caso se amem verdadeiramente, podem formar, como todas as demais pessoas, um ambiente familiar adequado ao normal desenvolvimento de um ser humano.

Neste cenário, investigou-se qual a normatividade jurídica e que concepções doutrinárias seriam capazes de conter essa abordagem emergente, tendo ainda sido pesquisado o posicionamento da jurisprudência quando instada a se manifestar sobre os pedidos dos homossexuais a adotar em conjunto uma criança ou um adolescente.

Ao se investigar os requisitos legais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a concessão da adoção de uma criança ou de um adolescente, concluiu-se que a adoção por homossexuais solteiros é possibilitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, posto que a lei não faz menção à forma pela qual o adotante exerce sua sexualidade. E a não-concessão da adoção somente por causa da orientação sexual do adotante revela-se uma discriminação arbitrária porque não contemplada pelo princípio da igualdade.

A partir da análise dos julgados que concederam a adoção a uma pessoa homossexual sozinha, mas que viva com um(a) companheiro(a) chegou-se à conclusão que são criados fortes vínculos afetivos entre a criança adotada e o(a) companheiro(a) do seu pai ou da sua mãe, o que encaminhou a pesquisa para concluir que há necessidade de também se tutelar juridicamente esse vínculo, pois assim se estará atendendo ao melhor interesse da criança já inserida nessa modalidade de família.

Ao investigar as possibilidades dadas pelo sistema jurídico para o reconhecimento legal desse vínculo, conclui-se que a adoção conjunta pelo par homoafetivo mostra-se juridicamente possível, por meio da utilização sistematizada dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais, dos precedentes jurisprudenciais e da orientação doutrinária do direito de família. Revelou-se também, nesse contexto, ser extremamente importante o posicionamento crítico dos operadores envolvidos, na medida em que a efetivação dessa modalidade de adoção exige a eleição prévia dos valores que contemplam a pluralidade e o respeito à diferença.

Afinal, a orientação afetivo-sexual de uma pessoa, de pronto, não determina possíveis desvios comportamentais que a inabilite ao pleno e responsável exercício da paternidade/maternidade. Do mesmo modo, compor um ambiente familiar equilibrado não é atributo exclusivo de casais heterossexuais; sendo mais competentes, científica e tecnicamente para avaliar tais questões – do que o advogado, o magistrado e o promotor que atuam na área de Infância e Juventude – o psicólogo e o assistente social, é que devem elaborar parecer interdisciplinar, opinando sobre a compatibilidade ou incompatibilidade da inserção ou manutenção de um menor em determinado ambiente familiar, o que será de fundamental importância durante e depois do período de convivência prévia, consubstanciado, por exemplo, a partir do deferimento da guarda provisória.

Assim, como não é qualquer relacionamento heterossexual que revela a segurança afetiva e a estabilidade suficiente para o casal se habilitar e lograr o deferimento do pedido de adoção, não é qualquer união homoafetiva que pode ensejar tal colocação definitiva de menor em seio familiar homoafetivo. A responsabilidade do magistrado é extrema, em todos os

processos em torno dos quais parem os interesses dos menores, pois deverá perscrutar despido de pré-julgamentos, se a união homoafetiva dos candidatos à adoção revela ou não solidez, segurança, afetividade e equilíbrio. Não permitir que um par homoafetivo integre a fila de pretendentes a pais adotivos é flagrante desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito à dignidade humana. Por outro lado, acolher o pedido formulado na inicial, possibilitando o necessário estudo psicossocial, durante o chamado estágio de convivência, não significa que haverá, ao final do processo, o deferimento da adoção.

Além de desaconselhado diferenciar onde o legislador não o faz, é importante sintonizar a prestação jurisdicional com os avanços sociais, para além dos temores injustificados ou dos preconceitos, que têm determinado, em muitos casos, o indeferimento de plano, das petições iniciais formuladas por pares homoafetivos, que desejam oferecer uma segurança jurídica maior aos menores e lhes educarem juntos. Não existe nenhuma impossibilidade jurídica a esse pedido, argumentar sobótica religiosa ou sob uma moral conservadora, moralista ou heterossexista não é postura de operador jurídico comprometido com a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Assim, o Estado, por meio do Poder Judiciário, não pode negar as adoções a dois homossexuais conjuntamente, desde que vivam uma união com característica de entidade familiar, ou seja, estável no tempo, pública, notória e que demonstre ser um lugar que possibilite a solidariedade, a afetividade e a mútua assistência moral e material entre seus membros. Essas uniões podem ser reconhecidas como entidades familiares, mediante uma interpretação lógico-sistemática arejada que privilegie os melhores interesses do adotado e os novos modos de se viver em família, e que tenha por base o respeito ao direito à diferença.

A negação desse direito é o mesmo que negar às crianças e aos adolescentes, o direito de terem pais e com eles formarem uma família inusitada na forma, mas ancestral no conteúdo, que é a necessidade da pessoa humana ser amada e de pertencer a uma família.

Precisa a sociedade brasileira olhar para a ferida no seio social, que é a mutilação afetiva de inúmeras crianças albergadas e à espera da sonhada família. A criança é o valor social a ser prestigiado e são seus melhores interesses os que devem ser perseguidos.

Quem lida com a infância abandonada – que sujeita as crianças à fome e aos maus tratos, negando-lhes o direito a freqüentar uma escola, que lhes nega acesso à saúde, ao respeito e à dignidade, e mais que isso, negando-lhes um convívio diário alegre que culmina numa noite de sono sob o olhar atento dos pais – desenvolve sensibilidade suficiente para vencer um preconceito irracional, e adquire consciência para aceitar que os homossexuais,

como pessoas humanas que são, sejam tão aptos como qualquer outra pessoa para darem a essas crianças tudo o que a família natural e a sociedade já lhes negaram.

Cabe ressaltar que a adoção por pares homoafetivos, assim como por homossexuais solteiros, que já formam núcleos afetivos monoparentais tutelados, expressamente, pela Constituição Federal de 1988, já integra, felizmente, o bojo de decisões judiciais inovadoras e de entendimentos favoráveis no Brasil. Pôde-se aferir, portanto, que a jurisprudência é um mecanismo jurídico eficiente para construir o direito contemporâneo e para viabilizar a adequação do sistema legal positivado aos anseios da sociedade.

Conclui-se que este trabalho buscou trazer uma contribuição para a compreensão jurídica dessa nova demanda que é a possibilidade de adoção por par homoafetivo, atentando-se para a insuficiência dessa pesquisa que não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim evidenciar a necessidade da continuidade da investigação nessa área do direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA aprova forma limitada de casamento para homossexuais. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/2000>>, 01.dez.2006.

ALMEIDA, Cássia. Documento histórico: certidão de Theodora é a primeira no Brasil com dupla paternidade. **O Globo**. Rio de Janeiro, 09 março 2008. Economia, p. 35.

ANTUNES, Camila. A força do arco-íris. **Revista Veja**. São Paulo, ano 36, n. 25, p. 72-81, 25 jun. 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6027**: informação de documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6033**: ordem alfabética. Rio de Janeiro, 1989.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BÉLGICA aprova casamento entre homossexuais. **AFP**. Disponível em: <<http://www.noticias.terra.com.br/mundo/interna>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Yussef Said Cahali (Org.). 9. ed. atual. até 10/01/2007. São Paulo: RT, 2007 (Coleção Mini Códigos da RT).

_____. Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990. Yussef Said Cahali (Org.). 9. ed. atual. até 10/01/2007. São Paulo: RT, 2007 (Coleção Mini Códigos da RT).

_____. Novo Código Civil (Lei 10.406/2002): em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003. Yussef Said Cahali (Org.). 9. ed. Até 10/01/2007. São Paulo: RT, 2007 (Coleção Mini Códigos da RT).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sociedade de Fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. 4ª Turma. Recurso Especial nº 148897/MG. Rel. Min. Rui Rosado Aguiar. 10 fev. 1998. **DJ** 6 ABR. 1998

_____. Supremo Tribunal Federal. Previdenciário. Petição 1984-9/RS. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Requerido: Juíza Federal Substituta da 3ª Vara

Previdenciária de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 28.10.2003. **DJ** 13/11/2003. p. 00043.

_____. TJ/RJ. 1ª Vara da Infância e da Juventude. Pedido de adoção com destituição do pátrio poder. Autos nº.2001.710.008632-4. Juiz Leonardo de castro Gomes. 16 nov. 2001.

_____. TJ/RJ. Processo 2005.710.001858-3. Vara da Infância, da Juventude e do Idoso. Juíza Ivone Ferreira Caetano. Julgado em: 24 ago. 2007. Publicado em: 13 set. 2007. fls. **D.O.:** 59.

_____. TJ/RJ (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 731/89. Relator: Desembargador Narcizo Pinto. Apelante: Espólio de J. G. Apelado: M. A. C. R. Julgamento: 22.08.1989.

_____. TJ/RS (7ª Câmara Cível). Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Apelação Cível 70013801592. Comarca de Bagé. Relator: Luís Felipe Brasil Santos. Julgamento: 05 abr. 2006.

BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. *In: Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul/RS: Notadse, a. 48, n. 281, mar. 2001, p. 83.

BUCHALLA, Anna Paula. Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica. **Revista Veja**. São Paulo, ano 34, n. 25, p.67.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In: Revista Jurídica*. Foz do Iguacu/PR: SCETF, v. I, n. 1, jul./dez. 1999. p 23.

CARTÓRIO de Toronto abre para casamentos gays. **ESTADÃO**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br.agemado/noticias>>. Acesso em: 27 jun. 2006.

CASA dos Lordes aprova adoção por casais gays. **ESTADÃO**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br.agemado/noticias>>. Acesso em: 02 jun. 2006.

CERTIDÃO de Nascimento. **TERRA**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br./brasil/interna/0,,OI1264399-EI306,00.html>>. Acesso em: 25 nov. 2007.

CORREIA, Jadson Dias. União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1151/95). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 1, n. 10, abr. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

COUTO, Sérgio (coord.). **Nova realidade do direito de família: jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário**. Rio de Janeiro: Jurídica, 1998. p. 101. t. 1.

CRONOLOGIA do movimento guei: Uma trajetória contra o preconceito / 1476-1980. In: **Estou Feliz Assim** [Internet] Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br/cronologia1.html>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

CRONOLOGIA do movimento guei: Uma trajetória contra o preconceito / 1981-1998. In: **Estou Feliz Assim** [Internet] Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br/cronologia2.html>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

CRONOLOGIA do movimento guei: Uma trajetória contra o preconceito / 1999-2000. In: **Estou Feliz Assim** [Internet] Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br/cronologia3.html>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

CRONOLOGIA do movimento guei: Uma trajetória contra o preconceito / 2001. In: **Estou Feliz Assim** [Internet] Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br/cronologia4.html>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

CRONOLOGIA do movimento guei: Uma trajetória contra o preconceito / 2002. In: **Estou Feliz Assim** [Internet] Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br/cronologia5.html>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

CRONOLOGIA do movimento guei: Uma trajetória contra o preconceito / 2003. In: **Estou Feliz Assim** [Internet] Disponível em: <<http://www.estoufelizassim.hpg.ig.com.br/cronologia6.html>>. Acesso em: 16.Mai.2007.

DIAS, Maria Berenice. Famílias homoafetivas. In: **Site Maria Berenice Dias**. [Internet]. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007. p.1.

_____. Gay também é cidadão. In: **Site Maria Berenice Dias**. [Internet]. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007. p.1.

_____. União homossexual: **o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Uniões homoafetivas: uma missão injustificável. **Boletim do IBDFAM**, edição especial, set/2001. p. 1.

_____. Uniões Homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. *In: Site Maria Berenice Dias* [Internet]. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2007. p.2.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional: Doutrina e Prática**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Adoção para Homossexuais**. 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica a adoção por homossexuais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HERDY, Ronaldo. Lar seguro: casal homossexual consegue adoção no Rio. **ESTADÃO**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/44362,1>>. Acesso em: 11 jan. 2007.

JUSTIÇA autoriza casal gay a adotar uma criança. **Site Gay Brasil**. Disponível em: <<http://www.gaybrasil.com.br/notas.asp?Catego-ria=Radars&Codigo=2114>>. Acesso em: 05 abr. 2008.

MARTINS, Sérgio. Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica. **Revista Veja**, 11 jun. 2001. p. 67.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, p. 103-104, jan./mar. 2000.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PRIMEIROS casamentos gays realizados no Canadá. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Boaventura Sousa (Org.). **Reconhecer para Libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 1. ed. Curitiba: Juror, 2005.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SUÉCIA aprova adoção por casais de homossexuais. **BBC Brasil.** Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002>>. Acesso em: 06 jun. 2006.

TEXTO da lei. **PACS.** Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/2000>>, 01.dez.2006.

TONY Blair apresenta projeto de casamento para homossexuais. **MIXBRASIL.** Disponível em: <<http://mixbrasil.uol.com.br/mundo mix/central>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil:** características, expectativas e sentimentos. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Aspectos Psicológicos da Adoção.** Curitiba: Juruá, 2002.

ANEXO(S)

ANEXO A – Certidão de Nascimento de Theodora Rafaela Carvalho da Gama (primeira certidão com dupla paternidade) – [Acessada em: 25 nov. 2007 através do endereço: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI1264399-EI306,00.html>.](http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI1264399-EI306,00.html)

ANEXO B – TJ/RS (7ª Câmara Cível). Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Apelação Cível 70013801592. Comarca de Bagé. Relator: Luís Felipe Brasil Santos. Julgamento: 05 abr. 2006.

ANEXO C – Decisão do TJ/RJ. [Processo 2005.710.001858-3. Vara da Infância, da Juventude e do Idoso. Juíza Ivone Ferreira Caetano. Julgado em: 24 ago. 2007. Publicado em: 13 set. 2007. fls. **D.O.:** 59.](#)

ANEXO A

*REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL OFICIAL DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS
NATURAIS E DE INTERDIÇÕES E TUTELAS DA SEDE DISTRITO, MUNICÍPIO E
COMARCA DE CATANDUVA – ESTADO DE SÃO PAULO*

CERTIDÃO DE NASCIMENTO

CERTIFICO, que, às fls. 362, do livro nº 109, sob o nº 63463, de REGISTRO DE NASCIMENTOS, foi lavrado em 17 de novembro de 2006, o assento de nascimento de:

**** THEODORA RAFAELA CARVALHO DA GAMA****

NASCIDA, aos vinte e quatro de agosto de dois mil e um (((24 de agosto de 2001))), às 03:00 horas, no Hospital Padre Albino, em Catanduva, Estado de São Paulo, do sexo feminino, Filha de Vasco Pedro da Gama Filho e de Dorival Pereira de Carvalho Júnior.///

Sendo avós: Vasco Pedro da Gama e Aparecida de Souza Gama; Dorival Pereira de Carvalho e Maria Helena Fernandes de Carvalho.

OBSERVAÇÃO

/// À MARGEM DO TERMO NADA CONSTA ///

O referido é verdade e dou fé.

Catanduva, SP, 17 de novembro de 2006.

Rodrigo Leandro Zaghi

ESCREVENTE AUTORIZADO

ANEXO B

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70013801592

M.P.

..

L.

..

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE BAGÉ

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **negar provimento ao apelo**.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**
Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, irresignado com sentença que deferiu a adoção dos menores P.H. R.M. (3 anos e 6 meses) e J.V.R.M. (2 anos e 3 meses) a LI. M. B.G., companheira da mãe adotiva dos menores L. R.M.

Sustenta que: (1) há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo. Pede provimento.

Houve resposta.

Nesta instância o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR) -

A requerente LI.M.B.G., fisioterapeuta e professora universitária, postula a adoção dos menores P.H.R.M., nascido em 07.09.2002, e J.V.R.M., nascido em 26.12.2003. Relata que ambos são filhos adotivos de L.R.M., com quem a ora requerente mantém um relacionamento aos moldes de entidade familiar há oito anos.

Em anexo estão os processos em que foi deferida a adoção de ambos os menores, que são irmãos biológicos, a L.R.M.. Sinale-se que as crianças são cuidadas por L. desde o nascimento.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pleito. O recurso é do Ministério Público e se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (art. 1.622 do Código Civil), o que não se configura no caso, diante do fato de que a pretendente da adoção e a mãe já adotiva das crianças são pessoas do mesmo sexo. O parecer ministerial nesta instância é no sentido do provimento (ressalvado o erro material evidente na conclusão, ao dizer que opina pelo “improvimento”).

Com efeito, o art. 1.622 do Código Civil dispõe:

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável.

No caso destes autos, L. (que já é mãe adotiva dos meninos) e LI. (ora pretendente à adoção) são mulheres, o que, em princípio, por força do art. 226, § 3º, da CF e art. 1.723 do Código Civil, obstaría reconhecer que o relacionamento entre elas entretido possa ser juridicamente definido como união estável, e, portanto, afastaria a possibilidade de adoção conjunta.

No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que

nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis. Dentre inúmeros outros julgados, vale colacionar, a título meramente exemplificativo, o seguinte:

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 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, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (AC 70009550070, j.em 17.11.2004, REL. MARIA BERENICE DIAS)

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato. Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugal* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo vantajosamente a tal argumento, colaciono aqui preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes (A união entre pessoas do

mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In RTDC. v. 1.p. 89/112.), onde aquela em. jurista assim se manifesta :

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que ‘qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei’.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos (E.Zietelman, Lüken im Recht, (1903) e D. Donati. Il problema delle ordinamento giuridico (1910) apud N. Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico, (1950), Brasília-São Paulo: Ed. UNB-Polis, 1989, p. 132 e ss.). Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos , há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica (N. Bobbio. Teoria do Ordenamento. Op. cit. p.135.). De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas , muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’ (E. Alonso Garcia. La Interpretacion de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 16.). Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação’ (J.C. Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p. 120.).

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no

contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional ‘entidade familiar’.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, ‘impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família’ (G.Tepedino. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.350). Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, ‘deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na media em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes’ (Idem.). É o fenômeno da ‘funcionalização’ das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem (P. Perlingieri. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Camerino-Napoli. ESI, 1984. p. 558.).

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à ‘forma’ familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao ‘conteúdo’ ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmo fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades ‘familiares’ torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada ‘união estável’ o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo

legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social. É Villela (VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. ano 27, n. 21, 1979.) que assinala:

se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Na mesma senda, leciona Héritier (Héritier, Françoise. A Coxa de Júpiter – reflexões sobre os novos modos de procriação. In: **Estudos Feministas**. ano 8, 1º sem 2000. p. 98.):

Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação.

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo, é Nadaud que nos reporta:

Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n'est qu'exceptionnellement, au regard de l'étendue des sociétés humaines, superposable à l'engendrement biologique ou à la procréation: il existe en effet une "dissociation entre la 'vérité biologique de l'engendrement' et la filiation". Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l'engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d'un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation. (EM TRADUÇÃO LIVRE: Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão

excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma “dissociação entre a ‘verdade biológica do engendramento’ e a filiação”. Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação.).

Melhor esclarecendo essa perspectiva, é novamente Hérítier (Hérítier, Françoise. Op. cit. pp. 108/109.) quem nos traz da antropologia um exemplo que evidencia que em organizações sociais tidas por primitivas o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino:

Num caso particularmente interessante encontrado entre os Nuer, é uma mulher, considerada como homem, que enquanto pai, se vê atribuir uma descendência. Nesta sociedade, com efeito, as mulheres que provam, depois de terem sido casadas por tempo suficientemente longo, sua esterilidade definitiva, retornam a sua linhagem de origem, onde são consideradas totalmente como homens. Este é apenas um dos exemplos em que a mulher estéril, longe de ser desacreditada por não poder cumprir seu destino feminino, é creditada com essência masculina. A ‘bréhaigne’, como mostra a etiologia proposta por Littré, é uma mulher-homem (de ‘barus’ = ‘vir’ em baixo latim), mas, pode-se, segundo a cultura, tirar dessa assimilação conclusões radicalmente diferentes. Para os Nuer, a mulher ‘brehaigne’ acede ao status masculino. Como todo casamento legítimo é sancionado por importantes transferências de gado da família do marido à da esposa, este gado é repartido entre o pai e os tios paternos desta. De volta à casa de seus irmãos, a mulher estéril se beneficia, então, na qualidade de tio paterno, de parte do gado da compensação dada para suas sobrinhas. Quando ela, dessa forma, constitui um capital, ela pode, por sua vez, fornecer uma compensação matrimonial e obter uma esposa da qual ela se torna o marido. Essa relação conjugal não leva a relações homossexuais: a esposa serve seu marido e trabalha em seu benefício. A reprodução é assegurada graças a um criado, a maior parte das vezes de uma etnia estrangeira, que cumpre tarefas pastoris mas assegura também o serviço de cama junto à esposa. Todas as crianças vindas ao mundo são do ‘marido’, que a transferência do gado designou expressamente, segundo a lei social que faz a filiação. Elas portam seu nome, chamam-na ‘pai’, a respeitam e não se estabelece nenhum laço particular com seu genitor, que não possui direitos sobre elas e se vê recompensado por seu papel pelo ganho de uma vaca, por ocasião do casamento das filhas, vaca que é o prêmio por engendrar. Estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, portanto, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação. Levado ao extremo, esta representação que faz da mulher estéril um homem a autoriza a representar o papel de homem em toda sua extensão social.

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantém uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil.

Nadaud (**EM TRADUÇÃO LIVRE:** (...) *globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos de pais homossexuais “estão bem”, mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade.* Nadaud,

Stéphane. Op. cit. p. 302.), em sua tese de doutorado, realizou estudo sobre uma população de infantes criados em lares de homossexuais, constatando que:

(...) globalement, leurs comportements ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que tous les enfants de parents homosexuels "vont bien", mais d'apporter une pierre supplémentaire à l'édifice des études qui montrent déjà que leurs comportements correspondent à ceux des autres enfants de leur âge. Ce qui revient absolument pas à nier leur spécificité.

Não é diferente a conclusão a que chegaram Tasker e Golombok (**EM TRADUÇÃO LIVRE**: *O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança.*

Tasker, Fiona L. e Susan Golombok – Grandir Dans une Famille Lesbienne. In: **Homoparentalités, état des lieux**. Coord.: Martine Gross. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.):

Ce qui apparait clairement dans la présente étude, c'est que les enfants qui grandissent dans une famille lesbienne n'auront pas nécessairement de problèmes liés à cela à l'âge adulte. De fait, les résultats de la présente étude montrent que les jeunes gens élevés par une mère lesbienne réussissent bien à l'âge adulte et ont de bonnes relations avec leurs famille, leurs amie e leurs partenaires. Dans les décisions de justice que statuent sur la capacité ou l'incapacité d'un adulte à élever un enfant, il conviendrait de ne plus se fonder sur l'orientation sexuelle de la mère pour évaluer l'intérêt de l'enfant.

Idêntica é a pesquisa de CJ. Patterson (**EM TRADUÇÃO LIVRE**: *Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais.* **CJ. PATTERSON**. Resultats des Recherches concernant l'homoparentalité. Texto cedido, por via eletrônica, pela Dra. Elizabeth Zambrano.), da Universidade de Virgínia (USA), ao afirmar que:

Em resume, il n'existe pas de données que permettraient d'avancer que les lesbiennes et les gays ne sont pas des parents adéquats ou encore que le developpement psychosocial des enfants de gays ou de lesbiennes soit compromis, sous quelques aspect que ce soit, par rapport à celui des enfants de parents hétérosexuels. Pas une seule étude n'a constate que les enfants de parents gays ou lesbiens sont handicapés, dans quelques domaine significatif que se soit, par rapport aux enfants de parents hétérosexuels. De plus, les résultats à ce jour laissent penser que les environnements familiaux fournis par les parents gays et lesbiens sont susceptibles de soutenir et d'aider la maturation psychosociale des enfants de la même manière que ceux fournis par les parents hétérosexuels.

Na Universidade de Valência (ESP), o estudo de Navarro, Llobell e Bort (**EM TRADUÇÃO LIVRE**: *Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidirecional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais.* **Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterde Bort.**

Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.) aponta na mesma direção:

Los resultados ofrecen de forma unánime datos que son coherentes con el postulado de la parentalidad como un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado con la orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y los padres heterosexuales.

Também a Academia Americana de Pediatria (American Academy of Pediatrics), em estudo coordenado por Ellen C. Perrin (**EM TRADUÇÃO LIVRE: Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui. Ellen C. Perrin** : Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.) , concluiu:

A growing body of scientific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes.

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Como assinala Rolim (Rolim, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em: 31 mar. 06.):

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais" ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplicios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra

as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada.

Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13/17 :

Li. de 39 anos e L. de 31 anos, convivem desde 1998. Em abril de 2003 L. teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004 foi deferida a adoção de J.V.. Na época Li. participou da decisão e de todo o processo de adoção auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém, é Li. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

Li., diz que, é mais metódica e rígida do que L. e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. Iara, mãe de Li., a família aceita e apóia Li. na sua orientação sexual, "ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, Li. os trata como filhos" (SIU). Coloca que Lí. e L. se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de Li. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e L.. Com a família de L. a convivência é mais freqüente, pois a mãe de L. auxilia no cuidado a J.V..

Com relação às crianças:

Os meninos chamam Li. e L. de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses, freqüenta a Escolinha particular Modelando Sonhos, a tarde. A professora dele, L. B. F., informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. Li. e L. estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais de alunos.

Observou-se que, P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de L. enquanto L. e Li. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.

L. coloca que até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos e, P.H. costuma ser convidado para ir brincar na casa de coleguinhas da escolinha. São convidados para festas de aniversário de filhas de colegas de trabalho e amigos.

Situação atual:

Li. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com L. e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que L. é autônoma e possui problema de saúde. E, ela já pensou em uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da URCAMP, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca "a minha preocupação não é criar polêmica mais resguardá-los para o futuro" (SIU).

Li. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado das crianças. Refere-se à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costuma limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V..

(...)

Parecer:

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que, Li. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico. (GRIFEI)

Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.

Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.

Nego, assim, provimento ao apelo.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR) - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) -

A Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida. E hoje temos diante dos olhos um fato: dois meninos têm duas mães. Esse fato a Justiça não pode deixar de enxergar.

Desde que nasceram, essas crianças foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e por elas são criadas. Para criarem um vínculo jurídico, para assumirem a responsabilidade decorrente da maternidade, fizeram uso – como bem disse o Relator – de um subterfúgio: uma delas buscou a adoção. Mas passaram eles a ser criados por ambas, reconhecem as duas como mães, assim as chamam. Consideram-se filhos de ambas, ou seja, detêm com relação a elas a posse de estado de filho, estabelecendo com suas mães um vínculo de filiação.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo afetivo. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lôbo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo critério afetivo. Essa foi a escolha do legislador constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo a igualdade de direitos, também faz uma escolha pela filiação afetiva. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, *caput*). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230). (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 515.). Assim, tem assento constitucional a priorização da filiação afetiva ou socioafetiva, como alguns preferem dizer.

Então, mister reconhecer que as duas mães mantêm um vínculo de filiação com essas crianças. Uma delas tem vínculo jurídico decorrente da adoção, buscando a outra o reconhecimento em juízo da filiação para assumir as responsabilidades decorrentes do poder familiar. Fazem isso porque são sabedoras das dificuldades que a ausência desse vínculo pode gerar aos filhos, eis que todos os pais responsáveis querem preservar sua prole.

Ao depois, a apelada tem vínculo laboral, que garantirá maior segurança a eles. É funcionária pública e professora universitária, ao contrário de sua parceira, que, inclusive, tem problemas de saúde. Quer dar aos filhos a segurança de que, se vier a falecer, terão direitos. Também quer ter a certeza, de que se vier a falecer a mãe adotiva, terá a possibilidade de ficar com a guarda dos filhos, porque, se não tiver vínculo nenhum, quiçá, nem com a guarda dos filhos poderá permanecer. Então, a pretensão desta mãe é a de se impor obrigações e assegurar direitos aos filhos, estabelecendo um vínculo jurídico com eles.

Em face disso é que a única observação que eu faria ao detalhado e preciso voto do eminente Relator é um questionamento sobre a legitimidade do Ministério Público em veicular o recurso de apelação contra a sentença que deferiu a adoção. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre as funções do Ministério Público, está o de (art. 201, inc. VIII): “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Assim, inclusive, creio que teria o Ministério Público legitimidade para ingressar com ação de adoção cada vez que se defrontasse com esta situação consolidada para regulamentar a situação jurídica das crianças. É chegada a hora de acabar com a hipocrisia e atender ao comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes. Como há enorme resistência de admitir a adoção por um par homossexual, mas não há impedimento a que uma pessoa sozinha adote alguém, resolvendo o casal constituir família, somente um busca a adoção. Não revela sua identidade sexual e no estudo social que é levado a efeito, não são feitos questionamentos a respeito disso. A companheira ou o companheiro não é submetido à avaliação e a casa não é visitada. Via de consequência, o estudo social não é bem feito. Para a habilitação deveria atentar-se a tudo isso, para assegurar a conveniência da adoção. Aliás, este foi o subterfúgio utilizado pelas mães dessas crianças.

Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?

Pelo jeito é isso que pretende o recorrente pois toda a linha de argumentação que é vertido no recurso é de que a convivência poderia gerar consequências de ordem comportamental ou na identidade sexual das crianças. Ora, se é pernicioso a convivência o que quer o recorrente é acabar com o convívio, é afastar os filhos de suas mães. Quem sabe colocá-las em um abrigo ou entregá-las em adoção a um casal heterossexual.

Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

O voto do eminente Relator, que é uma decisão pioneira no Brasil, bem retratou esta realidade. Acompanho-o, em todos os seus termos.

É como voto.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70013801592, Comarca de Bagé: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS DANILO EDON FRANCO.

ANEXO C

Processo nº 2005.710.001858-3

Decisão: Tratam estes autos, inicialmente, de pedido de Adoção da criança Caíque Fabrício Cipriano da Silva, filho de Vanessa Coelho da Silva, formulado por Maria Letícia de Sarmiento Mariano Cordeiro. O pedido inicial relata os motivos de sua pretensão, bem como informa os fatos contidos nos autos da Ação de Destituição do Poder Familiar ajuizada pelo Ministério Público aos 25 de janeiro de 2005, por falta de assistência por parte da genitora para com seu filho, abrigado na Instituição Lar Luz e Amor desde 26/11/04. Com a inicial, juntou a Autora documentos de fls. 6/34. Despacho de fls. 35/v, determinando apensação dos autos à DPF 2005.710.000490-0. Petição de fls. 36/37, comunicando que o poder familiar da

genitora foi suspenso em despacho datado de 26/01/05, de fls. 22 dos autos da DPF 2005.710.000490-0, requerendo o deferimento da guarda provisória. Juntou docs. de fls. 38/42. Decisão de fls. 43, indeferindo o pedido de guarda provisória. Petição de fls. 44/45, reiterando pedido de guarda, juntando docs. de fls. 46/57. Despacho de fls. 58, mantendo decisão de fls. 43. Agravo de Instrumento, fls. 59/67. Decisão de fls. 68/69, deferindo efeito suspensivo ao Agravo. Às fls. 71, consta Decisão de reconsideração, concedendo a guarda provisória à Requerente. Relatório do Abrigo, fls. 97/98, informando do relacionamento e estreitamento de laços afetivos entre adotante e adotando. Decisão de fls. 100, determinando a citação neste feito e na DPF apensada. Encontra-se às fls. 101, ofício informando da decisão unânime de provimento do Agravo de Instrumento. Expedição de Mandado de Citação da Ré, relativa à Adoção e Destituição do Poder Familiar, fls. 103. Requerimento de prorrogação de guarda, fls. 105/106, com juntada de documentos de fls. 107/185. Juntada de mandado de citação negativa, fls. 187/v. Despacho de renovação de guarda e citação por edital, fls. 189. Juntada de documentos, fls. 191/222. Encontra-se, às fls. 226/232, Estudo Social favorável. Decisão prorrogando a guarda provisória, reiterando a citação por edital (em ambos os feitos), fls. 235. Cópias de edital de citação, fls. 238/241 (Citação na Adoção e na DPF). Expedição de ofícios de praxe para localização da Ré, fls. 243/245. Resposta negativa de ofício, fls. 247. A Autora, às fls. 249/251, apresenta petição pleiteando a inclusão de sua companheira no pólo ativo da presente ação, juntando documentos de Arlecia Corrêa Duarte, às fls. 253/255. Ofícios do DETRAN e Receita Federal, fls. 256/257, fornecendo endereço da Ré. Estudo Psicológico favorável, fls. 259/261, concluindo que 'a adoção atende aos interesses da criança que já possui Arlécia e Maria Letícia como sua referência familiar'. Decisão deferindo a inclusão no pólo ativo, expedição de mandado de citação nos endereços fornecidos às fls. 256/257, bem como nova citação editalícia, face ao aditamento realizado. Novos editais de citação da Adoção e DPF, fls. 265/267. Mandado de citação negativa, fls. 268/v. Certidão de inércia, fls. 270. Decisão de decretação de Revelia e nomeação de Curador Especial, fls. 270. Contestação do Curador Especial, fls. 270/v. Promoção ministerial, fls. 275, com ciência do acrescido. Pedido de renovação de guarda provisória, fls. 276. Decisão renovando a guarda, fls. 249. Mandado de citação negativa, fls. 284/v. Decisão de fls. 286 avocando os autos, na forma do inciso VI do art. 92 do CODJERJ. Mandado de citação negativa, fl. 288/289. Decisão de prorrogação da guarda, fls. 293, bem como de abertura de vista ao MP para manifestação final neste feito e na DPF. Petição das Requerentes, reiterando a procedência do pedido. Promoção final do Ministério Público, fls.

295/299, pugnano pela procedência dos pedidos em ambas as ações: DPF 2005.710.000490-0 e Adoção 2005.710.001858-3. Quanto à DPF 2005.710.000490-0, concluiu o parquet pela destituição do poder familiar da genitora da criança, face à violação aos deveres inerentes ao poder familiar. Quanto à Adoção 2005.710.001858-3, concluiu que o pedido apresenta reais vantagens ao adotando, configurando-se a situação excepcional da inclusão da criança em família substituta, deferindo-se a adoção às Requerentes, com observação quanto ao registro de nascimento, a ser feito com a exclusão dos termos 'pai', 'mãe', 'paterno', 'materno'. Parecer do Curador Especial de fls. 300, pela negativa geral. É o Relatório. Passo a decidir. DA FUNDAMENTAÇÃO DA DPF Anteriormente à distribuição do presente feito, o Ministério Público propôs Destituição do Poder Familiar (nº 2005.710.000490-0) em face de Vanessa Coelho da Silva, genitora do adotando, tendo sido suspenso o seu poder familiar, por decisão aposta às fls. 22 daqueles autos, a estes apensados. Com o ajuizamento da presente Ação de Adoção, este feito teve seu regular processamento, enquanto a Ação de DPF permaneceu paralisada. Verifica-se, porém, que os atos praticados nos presentes autos, referem-se, também à DPF apensada. A genitora-ré foi citada por edital, depois de esgotados todos os meios para a sua citação pessoal, funcionando regularmente a curadoria especial, que contestou por negação geral. Nos editais de citação publicados, constava o chamamento da Ré para oferecimento de resposta nos 02 feitos: Adoção e DPF. A Decisão de fls. 293 determinou a vinda de manifestação final em ambos os processos. O Ministério Público, em seu parecer final, manifestou-se nestes autos quanto ao mérito da Adoção e da Destituição do Poder Familiar. Assim, por medida de economia processual, passo a proferir, nestes autos, decisão acerca do mérito da Destituição de Poder Familiar proposta pelo Ministério Público (autos nº 2005.710.000490-0) e da Adoção pretendida pelas Requerentes (autos nº 2005.710.001858-3). A perda (ou suspensão) do pátrio poder configura verdadeira sanção civil, a qual, na forma do art. 24 do E.C.A., deve observar o princípio da tipicidade. Assim, ocorrerá a perda (ou suspensão) do Poder Familiar nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores ou de determinação judicial feita no interesse dos mesmos (E.C.A., art. 22) e nas hipóteses de castigo imoderado, abandono ou prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (C.C., art. 1638). O pedido dos autos se baseia no abandono de Kaique por sua genitora, o que é inquestionável, eis que a criança foi abrigada em 26/11/04, por negligência familiar, sem registro de nascimento, tendo recebido uma única visita da mãe no período de abrigamento. DA FUNDAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO Ao examinar os autos da

Adoção, verifica-se que todos os dados neles constantes são favoráveis ao deferimento do pedido, mormente no que tange à promoção ministerial, bem como os excelentes estudos psicológicos, atendidos, assim, os requisitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 39 a 50. Aqui não foram levantadas, em qualquer momento, as relevantes e polêmicas questões que transitam, atualmente, pela sociedade brasileira. É que o presente pedido é formulado por Maria Letícia de Sarmiento Mariano e Arlécia Corrêa Duarte, que formam uma união homoafetiva, tendo, por conseguinte, como tema central, a adoção por pares homossexuais. Necessário se torna, para decidir este processo, trazer à colação o artigo de lavra da Juíza Inês Joaquina Sant'Ana Santos Coutinho, intitulado 'O Perfil do novo Juiz da Infância e da Juventude', publicado na Revista EMERJ (vol. 10 - nº 37-2007, pág. 105), onde se lê: 'esta Magistratura só pode ser compreendida pelos olhos que se focam, prioritariamente, na Justiça e não apenas no Direito, na finalidade humanística da lei e não no seu formalismo, no resgate de vidas e não na burocracia do processo'. Seguindo esta linha de raciocínio, não pode esta Magistrada, mesmo que de forma perfunctória, deixar de enfrentar tais questões, em face da enorme carga de preconceito e discriminação que recai sobre o tema em exame, fundamentada pelos mais variados argumentos, desde religiosos, médicos, sociais, até mesmo e, ainda, jurídicos, sob pena de não fazer jus à sua função judicante, principalmente, em se tratando de competência em área da Infância e da Juventude. Ao longo da história da humanidade os conceitos sobre a homossexualidade, família e direitos da criança e adolescente, vêm sofrendo enormes transformações. O processo de transformação pelo qual passa a humanidade se acentua, sobremaneira nos modelos de família que apresentam novos contornos, nos quais se destacam as relações de sentimento entre seus membros, tendo por base o afeto e o cuidado. Com a evolução da sociedade novos parâmetros emergem, exigindo que a lei e o direito cumpram o seu objetivo maior, qual seja regular e regulamentar as relações que surgem destes constantes movimentos sociais, acompanhando-lhes as mudanças. Cabe apontar, por exemplo, que na Antigüidade e até o advento das religiões cristãs o homossexualismo era reconhecido como condição natural; em matéria de família não se contemplava qualquer direito às reuniões extramatrimoniais, não permitido o divórcio e os filhos havidos fora do casamento eram tidos como ilegítimos. Os direitos referentes a estas situações só foram reconhecidos após longa construção jurisprudencial, cumprindo-se assim a função precípua do Judiciário que é de aplicar o direito no caso concreto. Neste momento, esta Magistrada, encontrando-se diante da responsabilidade de decidir sobre um pedido de ADOÇÃO formulado por um par

homossexual, não pode quedar-se frente a qualquer argumento fundado em preconceitos, discriminações ou rejeições, de qualquer ordem, devendo registrar que esta responsabilidade incidiria em qualquer hipótese, mesmo que os Requerentes fossem heteros. Diante da importância do Instituto da Adoção para o Direito da Infância e da Juventude, o Magistrado, ao examinar o pedido, tem que ter em mente estabelecer o melhor para o adotando, ciente, entretanto, que perfeição não existe, nem mesmo nas famílias biológicas e/ou constituídas por núcleos convencionais. Seguindo o rastro da doutrina, majoritariamente, e da jurisprudência, ainda de forma tímida, há de se reconhecer a inexistência de lei que proíba a adoção por pares homoafetivos. O que existe é lacuna de lei, que se resolve através das regras dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Examinando os elementos contidos nestes autos constata-se que as Requerentes vivem em verdadeira união estável, construída em base de lealdade e fidelidade, nos moldes de uma união estável entre heterossexuais. União estável esta, já reconhecida, inúmeras vezes, pelo Estado para fins sucessórios (por decisões judiciais) e previdenciários (Instrução Normativa nº 20/2003 - Instituto de Seguridade Social - INSS). DO DISPOSITIVO Considerando que a genitora efetivamente deve ser destituída do poder familiar por descumprimento dos deveres inerentes e que as Adotantes cumpriram os requisitos necessários à adoção, atendido o princípio do Interesse da Criança e do Adolescente; com a aplicação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil, artigos 3º, inc. IV, art. 5º caput e inciso II, todos da Constituição Federal, JULGO PROCEDENTE o pedido para destituir a Ré VANESSA COELHO DA SILVA do poder familiar sobre seu filho KAIQUE FABRICIO CIPRIANO DA SILVA e DEFERIR às Requerentes Maria Letícia de Sarmiento Mariano Cordeiro e Arlécia Corrêa Duarte a adoção da criança Kaíque Fabrício Cipriano da Silva que passará a chamar-se CAÍQUE DUARTE MARIANO CORDEIRO. Transitado em julgado, cancele-se o RCN original e expeçam-se os mandados para registro do adotando, devendo constar como filiação MARIA LETÍCIA DE SARMENTO MARIANO CORDEIRO e ARLÉCIA CORRÊA DUARTE, sem serem mencionados as palavras mãe e pai. Da mesma forma, a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna, constando, assim, como avós, José Fernando Pereira Mariano Cordeiro e Alice Francioni de Sarmiento Cordeiro, Aécio Carneiro Duarte e Marlene Corrêa Duarte. Junte-se cópia da Sentença ora proferida aos autos da DPF em apenso. Tudo cumprido dê-se baixa e arquivem-se.

