



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito– FADIR

Ranyere Barbosa Roza

(IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Nova composição familiar à luz do direito.

Dourados - MS

2017

RANYERE BARBOSA ROZA

(IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Nova composição familiar à luz do direito.

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Bruno Alexandre Rumiatto.

Dourados - MS

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

R893(Roza, Ranyere Barbosa

(Im) Possibilidade de adoção por casal homoafetivo: nova composição familiar à luz do direito / Ranyere Barbosa Roza -- Dourados: UFGD, 2017.
53f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Bruno Alexandre Rumiatto

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Direito de família. 2. Família homoafetiva. 3. Adoção. 4. Melhor interesse da criança. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte e sete dias do mês de Julho de 2017, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Ranyere Barbosa Roza** tendo como título “(IM)possibilidade de adoção por casal homoafetivo”.

Constituíram a Banca Examinadora os professores Esp. Bruno Alexandre Rumiatto (orientador), Me. Arthur Ramos do Nascimento (examinador) e a Esp. Daniela Menin (examinadora).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Esp. Bruno Alexandre Rumiatto
Orientador


Me. Arthur Ramos do Nascimento
Examinador


Esp. Daniela Menin
Examinadora

RESUMO

Considerando a afetividade como elemento do Direito de Família, o presente trabalho partirá da compreensão da entidade familiar, e as novas formas de relações afetivas surgidas no cenário social, ao longo dos últimos anos, incluindo no instituto da adoção. Dentre os novos modelos familiares está a união homoafetiva, sem regulamento específico, porém sem vedação normativa, tão somente a vedação de qualquer forma de discriminação pela Carta Magna. Após muita luta, reconhecida a união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, trava-se a batalha em possibilitar a adoção por estes pares homossexuais, assim como é conferida aos heterossexuais. O principal objetivo é analisar o tema a luz dos princípios e direitos fundamentais da Carta Constitucional, em conjunto com entendimento jurisprudencial e psicológico, a fim de conferir respostas para o tema, e possível solução. Assim, o presente trabalho percorre as discussões, embasamentos teóricos e casos concretos que envolvem a adoção por casal homoafetivo, de forma a combater preconceitos atendidos em detrimento do melhor interesse da criança, e solucionar conflitos.

Palavras-chave: Direito de Família. Família Homoafetiva. Adoção. Melhor interesse da Criança.

ABSTRACT

Considering the affectivity as main element of family law, this work will start from the understanding of the family unit , and the new forms of affective relationships arising in the social scene over the last few years , and then enter the institute of adoption. Among the new family models is homosexual union without specific regulation, but without rules seal , so only the sealing of any form of discrimination by the Constitution. After much struggle, recognized homosexual marriage by the Supreme Court, the direct action of unconstitutionality n.º 4277 and accusation of breach of fundamental precept n.º 132 , lock up the battle in enabling the adoption by these homosexual couples , as well as it is afforded to heterosexuals. The main objective is to analyze the subject to the principles and fundamental rights of the Constitutional Charter, together with jurisprudential and psychological understanding, in order to give answers to the topic, and possible solution. Thus, this paper will cover the discussions, theoretical substantiation and concrete cases involving the adoption by homosexual union, in order to combat prejudices met at the expense of the best interests of the child, and resolve conflicts.

Key words: Family. Homosexual union. Adoption. Child.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo;

CC – Código Civil;

CF – Constituição Federal;

CPC – Código de Processo Civil;

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente;

LC – Lei Complementar.

MP – Ministério Público;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 8
1. CAPITULO I - FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	p. 10
1.1. Contextualização Histórica e Espécies de Família.	p. 10
1.2. Princípios Constitucionais.	p. 14
1.2.1. Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana	p. 14
1.2.2. Princípio da solidariedade familiar.....	p. 16
1.2.3. Princípio da igualdade	p. 16
1.2.4. Princípio da não intervenção ou da liberdade	p. 17
1.2.5. Princípio do maior interesse da criança e do adolescente.....	p. 17
1.2.6. Princípio da afetividade	p. 18
1.2.7. Princípio da função social da família	p. 19
1.3. Casamento e União Estável	p. 20
1.4. União homoafetiva.	p. 22
2. CAPITULO II - INSTITUTO DA ADOÇÃO.	p. 25
2.1. Noções Gerais e aspectos processuais.	p. 25
2.2. Nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09).	p. 27
2.3. Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990.	p. 28
3. CAPITULO III - ADOÇÃO HOMOAFETIVA: (IM) POSSIBILIDADE?	p. 30
3.1. Argumentos favoráveis e contrários.	p. 32
3.2. Aspectos sócio-psicológicos e considerações na Medicina.	p. 36
3.3. Posição da jurisprudência.....	p. 40
3.4. Licença Maternidade e Licença Paternidade.....	p. 42
3.5. A resposta possível e necessária pelo autor.	p. 44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p. 48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 50

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa encontra sua justificativa justamente na necessidade de reconhecer a transformação das relações familiares vivenciadas no cotidiano brasileiro ao longo dos últimos anos, surgindo novas entidades familiares. É dever do Direito, diante deste pluralismo, proteger estas novas relações, bem como auxiliar no procedimento da adoção.

Deixar o preconceito social de lado, certamente, não será do dia para a noite, muito embora, desde 1988, a Carta Magna veda qualquer forma de discriminação.

A legislação atual não reconhece expressamente a união homoafetiva, porém, não a proíbe. Apesar de a união civil homoafetiva ter sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, a adoção não é expressamente regulamentada ou prevista pelo nosso ordenamento jurídico. Pautados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado democrático de Direito, garantindo o respeito às pessoas sem preconceitos de origem, sexo, raça, idade, orientação sexual ou qualquer outra forma de discriminação, objetivando o bem comum a todos. Bem assim, há de se preocupar com o melhor interesse da criança, que norteia os processos de adoção, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente. No que tange ao fator psicológico sobre o adotado, a jurisprudência revela possibilidade quanto a adoção por casais homoafetivos.

A jurisprudência brasileira vem, neste sentido, procurando preencher esta lacuna, de forma a ampliar os efeitos jurídicos da união estável entre pessoas do mesmo sexo, entre eles a possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

Sendo assim, o trabalho partirá de uma análise geral sobre as entidades familiares no ordenamento jurídico, com apontamentos sobre evolução histórica, espécies de famílias, positividade jurídica, e princípios constitucionais que norteiam as relações familiares. Tudo de forma a seguir o entendimento do instituto do casamento e união estável, e por fim, o enquadramento da união homoafetiva como união estável, no direito brasileiro.

Em segundo plano, se fará a exposição teórica sobre o instituto da adoção, concernente a conceitos, aspectos processuais e previsão legal no Código Civil, Lei da Adoção, e Estatuto da Criança e Adolescente, tratando da imperatividade do princípio do melhor interesse da criança nas decisões judiciais.

Finalmente tratará do tema do trabalho, seja a adoção homoafetiva. Este tópico se fundamentará com amparo doutrinário e jurisprudencial, mediante a entrevista de autoridades judiciais, casais homossexuais que lograram êxito em adotar, e psicólogos, de forma a ampliar a visão do assunto em outras ciências que são utilizadas para contestar a possibilidade da adoção homoafetiva. Afinal, o casal homossexual influenciará na orientação do filho adotivo? E quanto ao direito de ser adotado pelo menor, não prevalece sobre a discriminação de serem pais do mesmo sexo? Até onde prevalece o melhor interesse da criança diante da visão discriminatória arraigada na sociedade?

A partir de todo raciocínio percorrido para esmiuçar o tema, se concluirá o trabalho com uma possível resposta da possibilidade jurídica da adoção homoafetiva. Malgrado haja casos isolados decididos de forma favorável pela adoção homoafetiva, mister se faz a legislação específica do tema, pois assim unificará o entendimento nacional e se aplicará o Direito livre de controvérsias e inseguranças.

A metodologia de pesquisa empregada foi baseada na pesquisa bibliográfica e documental, com o levantamento bibliográfico coletado em obras de autores consagrados, livros de doutrina e artigos científicos publicados na internet, bem como jurisprudência e legislação acerca do tema, com enfoque exploratório e análise qualitativa.

CAPÍTULO I

1. FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Contextualização Histórica e Espécies de Família.

A palavra família tem origem no latim *famulu* que significa servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Porém, a ideia do termo retrata mais a formação de um grupo, na concepção atual de família.

A princípio, cumpre consignar o que é família para o ordenamento jurídico e como operou a entidade familiar no tempo, a fim de compreender o atual cenário de reconhecimento das novas manifestações familiares.

Já expunha Brunno Pandori Giancoli que (2012, p. 415):

A família é o núcleo fundamental da sociedade, pois representa o primeiro agente socializador do ser humano. De formação espontânea, presente em toda história da civilização humana, é uma construção social organizada através de regras culturais em constantes alterações.

No mesmo sentido explica Flávio Tartuce (2011, p. 983/984), em sua obra, sobre a matéria:

(...) o Direito de Família pode ser conceituado como sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda. **Além desse conteúdo, acrescente-se a investigação das novas manifestações familiares.** (*grifamos*)

Dessa forma, a família sofreu grandes transformações no tempo, seja na sua formação como no seu caráter.

Definitivamente família não se resume mais apenas a laços biológicos com fins de reprodução, como já se entendeu no passado. Passou por diversas transformações no tempo, demonstrando um dinamismo perante as normas culturais transitórias.

Antes, na Grécia antiga, a família grega/romana visava a união entre o homem e a mulher, por meio do casamento, para fins de procriação visando o aumento do número de soldados para os exércitos. Ademais, praticava-se a poligamia e a família era composta por um poder patriarcal, isto é, o *pater familias* exercido pelo chefe da família – uma autoridade.

A constituição de uma unidade familiar pelo casamento tratava-se de um dever cívico, sem importância para a afeição matrimonial.

Nesse sentido, Fustel de Coulanges (2002, p. 45) leciona que a religião do lar era o que unia os membros da família, sendo este fator mais importante que o sentimento, o nascimento ou a força física, transpassando qualquer vínculo sanguíneo.

Posteriormente, na Idade Média, a Igreja passou a interferir fortemente nos institutos familiares, controlando condutas contrárias a moral como concubinato e filiação ilegítima. Foi afastada a ideia patrimonial como pressuposto de união, surgindo uma relação de fidelidade. Durante a Revolução Industrial, o pai figurava como o chefe da família, exercendo o poder patriarcal, e a mulher existia sem independência pessoal e social.

Tratava-se, portanto, da união de homem e mulher com fins de perpetuação da família, concentração e transmissão do patrimônio, discriminando filhos fora do casamento, considerados “ilegítimos”. Assim elucida a professora Maria Berenice Dias ([201-?], p.1):

Amor não tem sexo. Esta, ainda que pareça ser uma afirmativa chocante, é absolutamente verdadeira. O amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites. O amor não tem nada disso, mas tem tudo. Corresponde ao sonho de felicidade de todos, tanto que existe uma parcela de felicidade que só se realiza no outro. Ninguém é feliz sozinho. Como diz a música, é impossível ser feliz sozinho, sem ter alguém para amar. Essa realidade começou a adquirir tamanha visibilidade, que o amor passou a ter relevância jurídica e acabou ingressando no ordenamento jurídico. Em um primeiro momento, só o casamento chancelava o envolvimento afetivo, verdadeiro sacramento para a Igreja, sendo considerado pelo Estado a instituição-base da sociedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o cenário se modificou dentro do seio familiar, garantindo igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias a mulher, e reconhecendo a união estável. Verificou-se um modelo familiar descentralizado das mãos do pai, despatrimonializado, vez que não gira mais em torno do patrimônio, e igualitário, quando ambos cônjuges possuem mesmos direitos e deveres. Importante destacar que a família passa a ser regida pelo afeto. Esse traço sentimental se caracteriza no tratamento/relação mútuo entre os cônjuges e destes para com seus filhos, que se vinculam não só pelo sangue, mas por amor e carinho (GIANCOLI, 2012, p. 415).

Dessa forma ensina Cristiano Chaves de Farias (2012, p.47) que as famílias da pós-modernidade, amparadas na segurança constitucional, são igualitárias, democráticas e plurais, caracterizadas por uma estrutura sócio-afetiva e construídas em laços de solidariedade.

Juntamente com o novo cenário social do instituto familiar, o direito também sofreu importantes alterações para acompanhá-lo e tutelá-lo. O Código Civil de 1916 era marcado pelo caráter patrimonialista da unidade familiar, sobrepondo o interesse público sobre o privado do casal, ignorando o afeto e destacando a posição hierarquicamente superior do marido como chefe da sociedade conjugal. Não bastasse, valorizava a relação tão somente sanguínea da prole gerada, limitando a família legítima somente a formada por união amorosa entre homem e mulher oficializada pelo matrimônio, e filhos biológicos. Nas palavras de Euclides Benedito de Oliveira, “legítima era apenas a família formada por meio do casamento; ilegítima, a resultante de união informal, de fato, pela convivência de fim amoroso entre homem e mulher, sem as formalidades do ‘papel passado’” (VECCHIATTI, 2012, p. 287).

Isso porque, segundo Maria Berenice Dias, “a finalidade essencial da família era sua continuidade. Para haver a certeza biológica da filiação, valorizava-se a fidelidade da mulher, sendo a virgindade um sinal externo de respeitabilidade” (2006, p. 63.).

Com o avanço social em diversos campos, seja no mercado de trabalho, na crescente urbanização, costumes e moral, a entidade familiar alcançou uma feição igualitária dos seus membros.

Ocorreu o efeito da repersonalização das relações familiares, ou seja, a revalorização da dignidade humana mediante a centralização da pessoa como dentro da tutela jurídica – definindo os direitos e deveres que uma pessoa ocupa dentro de um núcleo familiar em razão de vínculos afetivos. (GIANCOLI, p. 415)

Neste sentido, Roberto Senise Lisboa explica sobre a evolução da família como uniões livres, afirmando haver um redimensionamento e repersonalização funcional na estrutura familiar, como consequência natural no histórico da humanidade.

Sendo assim, a família rompe com o regime patriarcal, dando espaço para vigorar a igualdade e a liberdade entre seus membros. Com brilhantismo assevera o autor Paulo Roberto Vecchiatti que a organização familiar humana é composta por diversas uniões, como a homoafetiva, a incestuosa, as uniões estáveis, as famílias monoparentais, derivadas do casamento e outras que podem vir a surgir a partir da capacidade e engenhosidade humana.

Neste passo, tornou-se necessário a consagração de ampla definição de família no ordenamento jurídico. Fixou um único objetivo ao conceito de família, a felicidade dos seus membros. Contudo, diante desta única premissa, surgiram várias famílias extramatrimoniais não regulamentadas no ordenamento jurídico, eis que o mesmo nem sempre acompanha as

mudanças sociais na mesma velocidade. Coube, então, a Doutrina e a Jurisprudência disciplinar o assunto, com esboço na Carta Constitucional.

Os filhos, sejam biológicos sejam adotados, passaram a receber mesmo tratamento e reconhecimento no ordenamento jurídico. E a união estável restou regulamentada, desfrutando dos mesmos direitos garantidos aos casados. A base para a constituição de família passou a ser o amor, o afeto. Sendo assim, tornaram-se comuns famílias formadas pelo pai ou mãe e filho, por apenas irmãos, primos, tios e sobrinhos, avós e netos, e, as formadas por pessoas de mesmo sexo. Oras, perdeu-se o conceito de procriação, e filhos não biológicos foram reconhecidos, então porque não uma família de homossexuais, com filhos adotivos? Para Fernandinho Martins ([201-?], p.1):

O que é uma família hoje? Formas de relacionamento novas resultam em arranjos inéditos, o que significa que a partir de agora o afeto vale muito mais do que laços burocráticos. A possibilidade de escolher as pessoas com quem se quer viver – a chamada “nova família” – abre um leque variado de combinações possíveis em que o amor parece ser a chave do relacionamento.

Corroborando o supracitado posicionamento, Maria Berenice Dias (1999) traz um conceito moderno de família, ao dispor que uma entidade familiar é um relacionamento que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, e que sendo assim, merece reconhecimento e amparo constitucional. O fato dos conviventes serem homossexuais não desqualifica os direitos assegurados aos heterossexuais.

É de grande valia a ressignificação para a unidade familiar, abrangendo suas novas formas de relacionamento. É para isto que o Estado atua, agir em proteção da sociedade, dirimindo conflitos, e acompanhando a transformação social no tempo. Sobre o assunto, a Carta Magna prevê algumas espécies de família, em seu artigo 226 (1988):

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Primeiramente, considera-se a família oriunda do casamento civil, desde sempre considerada o modelo legítimo de união matrimonial.

O modelo familiar formado por pais e seus descendentes é denominado família monoparental. Tal modelo, oriundo da visão do afeto como razão essencial da existência de família atual, é constituído em torno de um genitor e seu(s) filho(s), independente da

participação de outro genitor. Um exemplo comum é o caso da mãe solteira, ou, ainda, o caso de separação em que o pai assume a guarda dos filhos.

Destaca-se, ainda, a união estável como vínculo familiar, entre sujeitos que agem com a aparência de casamento (coabitação, fidelidade, exclusividade, publicidade da relação e durabilidade). Difere do casamento pela ausência de formalidades para sua existência, mas contrai compromissos e deveres entre seus participantes, inclusive em relação à comunhão de bens.

Não obstante, a doutrina e jurisprudência entendem que o rol constitucional das espécies de famílias é exemplificativo, logo, admitindo outras formações familiares como: a) família anaparental, se tratando daquela em que não há os pais; b) família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, que será posteriormente debatida; e, por fim, c) família mosaico ou pluriparental, decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou relacionamento afetivos, muito comum nos dias atuais em que o pai tem filhos do primeiro casamento, e outros do segundo, por exemplo. (TARTUCE, 2011, p. 995). Há ainda aquela família formada por um solteiro, separado, divorciado ou viúva, isto é, por uma só pessoa, constituindo uma família unipessoal, também reconhecida pela jurisprudência para fins de moradia.

Nessa linha de raciocínio, combatendo a discriminação de uniões familiares diferentes, passa-se a analisar esse dinamismo social à luz da Carta Magna e seus princípios constitucionais.

1.2. Princípios Constitucionais.

1.2.1. Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna de 1988 dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a **dignidade da pessoa humana**; (*grifo nosso*)

O princípio mais importante, e norteador do Estado Democrático de Direito, é o da dignidade da pessoa humana. Consubstancia-se na existência humana e sua busca pela felicidade. Na questão familiar, foi o distanciamento da visão patrimonialista da vida humana, da família como um fim em si mesmo, e perpetuação da espécie, para valorização da pessoa humana, com direito de viver da melhor maneira possível, e priorizando o amor, a afetividade dentro das relações familiares. Nas palavras do professor Brunno Giancoli, “é o núcleo da condição humana, permitindo, na família, a existência digna da vida em comunhão com outras pessoas”. (GIANCOLI, 2012, p. 416)

Conceitua Flávio Tartuce (2011, p. 985), nas palavras dos juristas Jorge Miranda e Rui de Medeiros:

A dignidade humana é da pessoa concreta na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

Outrossim, o referido princípio guia todos os demais princípios constitucionais em seu arcabouço. Segundo o doutrinador Paulo Roberto Vecchiatti (2012), a dignidade da pessoa humana considera-se com carga valorativa superior em relação aos demais princípios fundamentais, pois os chamados direitos fundamentais são expressões do princípio da dignidade humana, para garantir uma vida digna a todos os cidadãos. Por mais que em seu conteúdo possuam diferentes níveis de dignidade humana, os direitos fundamentais são todos em sua essência uma exteriorização deste princípio constitucional.

Preza pelo respeito ao indivíduo dentro da sua autonomia individual, desde que não prejudique terceiros, como, por exemplo, o respeito aos pares homossexuais e as relações homoafetivas, eis que não prejudicam a vida alheia nem grupos sociais. Em outras palavras, cada um reconhecer a unicidade do outro, e exercer respeito no coletivo.

E, para tal, o Estado age a fim de auxiliar e garantir a realização pessoal integral do indivíduo, cujas escolhas levarão ao desenvolvimento da personalidade. Implicitamente, o respeito é afirmado para resguardar a vida em sociedade, assegurando a liberdade de um até onde começa a liberdade do outro. Neste eito, Vecchiatti cita Peter Häberle em sua obra (2012, p. 254):

O respeito e a proteção da dignidade humana constitui um ‘dever fundamental’ (Grundpflicht) do Estado constitucional, ou, de forma mais precisa: um ‘dever jurídico-fundamental’, garantindo a dignidade da pessoa humana um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). (2005, p. 132-133)

Assimilando o entendimento supracitado com a homossexualidade, resta evidente a proteção da homoafetividade pelo princípio da dignidade da pessoa humana, eis que obriga-se neste caso o respeito pelo indivíduo pensar e agir de forma diferente, da forma que lhe agrada, sem prejuízo a terceiros. Segundo Rios (2007), a discriminação sofrida pela classe homossexual deriva de um juízo de valor desarrazoado, irracional e oposto ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

Por fim, conclui-se neste tópico que todos merecem proteção de sua dignidade simplesmente por serem pessoas humanas, e a garantia da busca da felicidade, observada a não lesão de terceiro (VECCHIATTI, 2012, p. 262/263).

1.2.2. Princípio da solidariedade familiar

Para Paulo Lôbo, este princípio “significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros” (2008, p. 39).

Encontra respaldo no art. 3º, inciso I, art. 226 como mecanismo de proteção do grupo familiar, e art. 227 e 230, todos da Constituição Federal, de forma a garantir proteção das crianças e adolescentes e idosos.

No que tange a família, o princípio aplica-se com sentido amplo, a fim de que os membros cooperem de forma a contribuir para o desenvolvimento psíquico entre si, dentre os fins como educação, alimentos, assistência material, desenvolvimento profissional e social.

1.2.3. Princípio da igualdade

Assim está previsto na Carta constitucional: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).” (CRFB, 1988)

Neste norte, a justiça consagra-se no tratamento igual dos iguais e no tratamento desigual dos desiguais, na medida de suas desigualdades. Para as famílias, surgem as hipóteses constitucionais do art. 226, §5º, prevendo o tratamento igual entre cônjuges, e art. 227, §6º, referente ao reconhecimento igualitário entre filhos biológicos ou não. Segue ambos dispositivos *in verbis*, respectivamente (CRFB, 1988):

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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

Superou-se a discriminação de filhos, no que dizia respeito a parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil, a depender da consanguinidade ou adoção (TARTUCE, 2011, p. 988). Diante disso, trata-se filhos adotivos, biológicos e havidos por inseminação artificial heteróloga de forma igual pelo ordenamento jurídico.

Ademais, a isonomia constitucional recaiu sobre a sociedade conjugal, equiparando direitos e deveres dos cônjuges. Na prática, o tratamento igualitário recai sobre o direito de alimentos por ambas as partes, o uso do nome do outro conforme convencionado, igualdade na chefia familiar e participação opinativa dos filhos, entre outros.

1.2.4. Princípio da não intervenção ou da liberdade

Dispõe o art. 1513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Em outras palavras, o casal é livre para decidir seu planejamento familiar, não podendo interferência externa sobre esta prerrogativa.

Cumprido ressaltar que a interferência estatal se dará no que diz respeito a incentivo mediante políticas públicas, fornecimento de recursos educacionais e científicos, assistência às famílias, ou ativando mecanismos para assegurar o melhor interesse da classe infanto juvenil.

1.2.5. Princípio do maior interesse da criança e do adolescente

Na adoção, o Estado figura como guardião do interesse da criança, estando sob sua direção a árdua escolha do seio familiar ao qual pertencerá o adotando. O princípio do melhor interesse da criança significa que a criança (e o adolescente) deve ter seus interesses tutelados com prioridade pelo Estado, mormente no que diz respeito à aplicação de seus direitos.

No direito brasileiro, este princípio encontra fundamento no *caput* do art. 227 da Constituição Federal, que estabelece:

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

A criação compreende a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente refere-se àquele entre 12 e 18 anos de idade. Encontra-se amparo também no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, que dispõe sobre a liberdade e dignidade da criança e do adolescente, gozando dos mesmos direitos fundamentais, oportunidades e facilidades inerentes à todos os cidadãos.

Convém lembrar que este princípio não é uma recomendação ética, mas sim uma diretriz que determina as relações da criança e do adolescente em sociedade, devendo a aplicação da lei sempre tutelar este princípio.

Visa primordialmente exigir a tutela prioritária das crianças e adolescentes, pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Essa principiologia vela pelo desenvolvimento saudável do menor, independentemente da orientação sexual dos membros da sua família, desde que seja em um núcleo familiar planejado e estruturado. Logo, a diversidade dos sexos em nada acresce ao interesse da criança.

Há muita preocupação social quanto à adequação da criação de um menor em um lar homoafetivo. Porém, o certo é que o Estado deve atender o melhor interesse da criança, propiciando sua inserção em um lar. O comparativo deve sempre levar em conta a situação real em que se encontra a criança, ou seja, o potencial benefício dos abrigos em que se encontram *versus* a possibilidade de inserção desta criança em uma família, na qual receberá amor, atenção e respeito, vivendo em um lar não utópico, porém real.

1.2.6. Princípio da afetividade

A afetividade é a base da relação familiar contemporânea. É o que permite a relação afetiva entre genitores e seus descendentes, e a convivência entre cônjuges e companheiros. No entendimento de Joao Baptista Villela, citado por Flávio Tartuce (2011, 992), o vínculo familiar passar a ser mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico.

A ideia engloba o dever de cuidado entre membro da relação afetiva, conferindo a família um novo perfil voltado a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus membros, em detrimento daquele conceito patrimonialista que vigorava.

Segundo Brunno Giancoli (2012, p. 418), citando Paulo Lôbo, aplica-se o princípio da afetividade: como mecanismo de eficácia da solidariedade e da cooperação familiar; como forma garantia da concepção eudemonista da família (o eudemonismo que admite se a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana); como mecanismo de funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros; como forma de redirecionamento dos papéis masculino e feminino da relação entre legalidade e subjetividade; para determinar efeitos jurídicos às formas de reprodução humana assistida; na colisão de direitos fundamentais; e para primazia do estado de filiação.

Através do afeto surgem demais princípios que atuam como valores dentro da unidade familiar, como o tratamento digno, a solidariedade e igualdade. Ou, ainda, o princípio da convivência familiar, se estendendo a todos os membros do seio familiar, buscando a manutenção de laços afetivos duradouros entre eles, e garantindo o bem-estar da relação afetiva. Só resta que o Direito acompanhe a operacionalização de tais valores a fim de garanti-los e conferi-los proteção, principalmente para o Direito de Família.

1.2.7. Princípio da função social da família

No que concerne a função social da família, merece atenção. Sobre a funcionalização dos institutos jurídicos, Martins-Costa (2002, p. 148) dispõe que a responsabilidade de um poder inclui o dever de cumprir interesses alheios, não somente individuais.

Verifica-se que os valores sociais e éticos incorporados no Direito passam a traçar equilíbrio com os interesses individuais e necessidades coletivas e sociais. Nesse sentido, Gama e Andriotti afirmam que a função social é uma matriz filosófica que busca o interesse coletivo em detrimento do individualismo, garantindo uma igualdade material aos sujeitos de direito, pois não é apenas *uti singulus* ou *uti civis*, mas também *uti socius*.

Frente às desigualdades enfrentadas pelas relações familiares no cenário social, a questão da função social surge para sanar os reclames e adotar medidas capazes de equiparar as relações entre os indivíduos com base no valor da liberdade.

Outrossim, suscita os direitos fundamentais – especialmente, a dignidade da pessoa humana -, para propiciar um mínimo digno de desenvolvimento do indivíduo no âmbito moral, emocional e afetivo. É a mudança daquela visão individualista e patrimonial que prevalecia nas relações familiares, como já referido alhures, para um olhar da pessoa humana em concreto e a realização de suas necessidades dentro das relações afetivas. Dessa forma, ressalta Sergio Gischkow (PEREIRA, 1988. p. 19):

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais. A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

Destarte, a função social exerce papel fundamental para reconhecimento de aspectos jurídicos em situações fáticas. Entra aí, como exemplo, o caso da união estável, consagrada na atual carta constitucional. Foi reconhecido que a relação duradoura entre pessoas de sexo diferentes fosse inserida no direito de família, conferindo-a proteção tal qual a entidade familiar. Isso porque, como o casamento, a união estável também proporciona o desenvolvimento dos companheiros, o que por sua vez atende a função social da entidade familiar prevista na Constituição.

Dentro na nova concepção, em que a família busca garantir a boa vivência e dignificação de seus membros, pautada no afeto e vínculo amoroso, cabe-se em qualquer modalidade de formação familiar a proteção jurídica, o cumprimento da função social, bem como o reconhecimento no ordenamento jurídico.

Ante o exposto, prepondera doutrinariamente que o afeto embasa a formação das diversas relações familiares. Sob esse olhar, se passará a analisar a união homoafetiva e os enfiamentos no modelo jurídico para a composição de família.

1.3. Casamento e União Estável

Para a autora Regina Beatriz Tavares da Silva (2011, p. 48), casamento é a “comunhão de vidas entre dois seres humanos, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais”.

Antes, o casamento tratava-se de instituto indissolúvel, realizado com fins de procriação, como retro exposto. Pertinente ao assunto, Maria Berenice Dias (2011, p. 41) afirma que a família não possui mais um significado particular, devido as constantes mudanças das relações interpessoais. Esta evolução dos costumes gerou uma reconfiguração da conjugalidade ou parentalidade, banindo termos como adúlterina, espúria, ilegítima, impura e informal do vocabulário jurídico no que se diz respeito às relações afetivas e vínculos parentais.

Passado pela constatação religiosa, a atual carta constitucional registrou o casamento como ato, contrato, ou negócio jurídico. São três as correntes sobre a natureza jurídica do casamento, apontadas por Flávio Tartuce em sua obra (2011, p. 997/988), sendo elas: a teoria institucionalista, que como diz o nome, afirma que o casamento é uma instituição, caracterizada por forte carga moral e religiosa; a teoria contratualista, que conforma o casamento como contrato de natureza especial, regrado em sua formação; a teoria mista (ecclética) em que o conteúdo do casamento é institucional mas possui formação contratualista.

Referido autor afirma que no casamento há uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC), classificando o casamento como negócio jurídico especial, com regras e princípios únicos em sua constituição, que pressupõe-se não existir na área contratual.

Ademais, o atual texto constitucional estendeu o conceito de família, não mais limitadas ao casamento civil, e tutelou sobre outras relações afetivas, como a união estável. Todavia, o Código Civil não se harmonizou totalmente com os preceitos da Constituição, denotando-se ainda o casamento como instituo ideal para formação de família. Rechaçando a discriminação das demais entidades familiares, Luciana Nahas (2011, p. 92/93) afirma que não há hierarquia entre as entidades familiares, ou seja, existe uma igualdade entre a união estável e o casamento. Embora possuam formações diferentes, pois a união estável tem configuração específica e o casamento exige certa formalidade e solenidade, ambos merecem amparo como entidades familiares que são.

Não bastasse, quando o constituinte não limitou o conceito de família no dispositivo normativo, dispondo no *caput* do art. 226 “a proteção à família como base da sociedade”, deixou aberta a norma e, conseqüentemente, ampliou a abrangência protetiva sobre as espécies familiares.

Com o fim dos aspectos biológicos e patrimoniais que vinculavam as entidades familiares, o afeto tornou-se o elemento norteador do Direito de Família. Dessa forma, a união

estável teve seu reconhecimento. Sobre esta cumpre tecer algumas pontuações sobre suas diferenças com os deveres do casamento, segundo Flavio Tartuce (2011, p. 1099):

O casamento exige expressamente a fidelidade; a união estável exige lealdade. Pelo *sensu comum*, a lealdade engloba a fidelidade, mas não necessariamente. Isso demonstra que na união estável há uma liberdade maior aos companheiros do que no casamento, o que diferencia substancialmente os institutos, mormente se a conclusão for pela persistência do dever de fidelidade do último. O casamento exige expressamente vida em comum no domicílio conjugal; a união estável não, por não exigir convivência sob o mesmo teto, conforme a remota Súmula 382 do STF.

E sobre os direitos patrimoniais, prevê o art. 1725 do CC, *in verbis*: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Ainda a respeito dessa questão, o Enunciado n. 115 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil dispõe sobre a desnecessidade de prova sobre eventual esforço comum para a comunicação de bens entre companheiros, havendo a presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre eles.

Dentre as características da união estável, importante destacar que a lei não exige prazo mínimo para sua constituição, bem como não se exige prole comum. Desfrutam de direitos à meação patrimonial (art. 1725), direito a alimentos (art. 1694), e direitos sucessórios (art. 1790 do CC). Igualmente, aplicam-se as regras do uso do nome pelo cônjuge para o companheiro, bem assim, a Carta Civil prevê direitos sucessórios ao companheiro(a) sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, nas hipóteses do art. 1.790.

Malgrado houve o reconhecimento da união estável e demais entidades familiares constituídas em torno de traços sentimentais e afetivos, a união homoafetiva é uma forma que enfrenta barreiras e preconceitos. Surgiram decisões favoráveis a respeito da possibilidade de casal homoafetivo, isto é, união por pessoas do mesmo sexo, porém cumpre tratarmos do tema ainda controverso antes de se debater sobre a adoção neste mesmo meio de união familiar.

1.4. União homoafetiva.

No Direito é comum a premissa de que “se a lei não proíbe, é porque se permite”, princípio muito usado em alguns âmbitos legais. No que tange a união homoafetiva não há vedação, contudo, há omissão. Por este motivo que a classe homossexual luta por uma regulamentação jurídica do tema a fim de sanar conflitos e garantir direitos.

Embora a lei seja omissa quanto a essa forma de união, não a exime de reconhecimento pelo Direito de Família. Isso porque apresentam o elemento essencial para constituição de entidade familiar: o afeto. Neste eito, o doutrinador Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 54) afirmam que o principal atributo das uniões homoafetivas é o mesmo de qualquer outra entidade familiar, sendo ele o afeto.

Assim, a família deve ser recepcionada como o local da vivência da afetividade, não condicionando a união por vieses discriminatórios, de maneira a englobar toda e qualquer união, quer heterossexual, quer homossexual, desde que deflagrada com o princípio de propiciar a construção da personalidade dos filhos biológicos ou socioafetivos.

Se falava, erroneamente, em sociedade de fato e não entidade familiar. Consoante leciona Maria Berenice Dias (2011, p. 2), que o vínculo que une os casais heterossexuais é o mesmo que une os casais homossexuais, sendo assim não uma sociedade de fato, mas sim de afeto. Afirma também que é papel do magistrado seguir a determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito na solução de problemas não normatizados, nos casos das relações que envolvam o afeto.

Nota-se que a união homoafetiva só difere da união estável no que se refere a orientação sexual dos companheiros. Logo, merecendo mesmo tratamento jurídico. Assim argumenta Maria Berenice Dias (2011, p. 10) que ao cumprir os deveres de ajuda mútua, duas pessoas podem ter um convívio baseado no amor e respeito recíprocos, na construção de um lar, e que tal liame é indubitável na constituição de direitos e obrigações que não podem ser menosprezadas pela lei, independente do sexo dos participantes.

E ainda acrescenta que “homossexualidade” é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado como entidade familiar, o que não vai transformar a família nem estimular sua prática, pois, conforme diz o Deputado Fernando Gabeira, “ninguém vira homossexual lendo o Diário Oficial” ([201-?], p.1).

Além de tudo exposto, insta lembrar a vedação expressa de qualquer discriminação e distinção entre pessoas com orientação sexual diferente, pela Constituição Federal (art. 5º). Então, porque a distinção entre relacionamentos heterossexuais e homossexuais quando se prevê união estável apenas “entre um homem e uma mulher” (art. 226, §3º, CF/88)? Se o que une as relações familiares é o afeto, essa condição de sexos diferentes para a união estável resta equivocada e discriminatória. O autor Vecchiatti (2012, p. 513) assim esclarece, dispondo que ambas relações heteroafetivas e homoafetivas são

baseadas em respeito, afeto e solidariedade mútua, merecendo receber tratamento analógico legal para que as uniões homoafetiva sejam reconhecidas como entidades familiares.

Mister se faz a criação de regulamento próprio para disciplinar esta espécie de entidade familiar e sanar conflitos, além de assegurar-lhes os mesmos direitos garantidos as demais formas familiares. Acaba que o Poder Judiciário fazendo o papel do legislador, frente a sua omissão em resguardar a união homoafetiva.

Nessa esteira de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277/DF, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 RJ, decidiu favorável o reconhecimento de entidade familiar a união homoafetiva. O STF, nesta ocasião, equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, conferindo-lhes, à semelhança do que ocorre nas uniões heteroafetivas, idênticos direitos, tais como: os sucessórios, a pensão por morte, a partilha igualitária de bens, a inclusão em planos de saúde e, por fim, a homoparentalidade.

De maneira notável, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), elaborou o “Estatuto das Famílias”, que originou o Projeto de Lei 470/2013, o qual se encontra em tramitação. Este projeto visa positivar uma nova legislação do Direito das Famílias, que se adeque melhor à realidade contemporânea, conferindo inclusive proteção às uniões homoafetivas e reconhecendo-as como uma das formas de entidades familiares, como acertadamente pronunciou-se o STF.

Desse modo, sanou-se, por ora, os conflitos relativos ao não reconhecimento da união homoafetiva como união estável. Mas ainda busca-se a regulamentação específica do assunto para as partes não ficarem sujeitas a entendimentos individuais no plano jurisdicional. E quanto à possibilidade de converter em casamento, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou em maio de 2017, em turno suplementar, o projeto PLS 621/2011 da senadora Marta Suplicy que permite o reconhecimento legal da união estável dos casais homoafetivos. Encontra-se atualmente em recurso de análise no Plenário, e caso seja aprovado, poderá seguir para a Câmara dos Deputados. O texto legal se aprovado será modificado para estabelecer como família “a união estável entre duas pessoas”, no Código Civil.

E, por último, resta consagrar em lei a previsão da adoção por pares homoafetivos. Não há qualquer impedimento sobre a matéria no plano social, ao contrário, só pontos favoráveis, os quais posteriormente serão debatidos, contudo, necessário se faz a harmonia do “Direito x Sociedade” para fins de aceitação nacional da adoção homoafetiva.

CAPITULO II

2. INSTITUTO DA ADOÇÃO.

2.1. Noções Gerais e aspectos processuais.

O conceito e a natureza jurídica de adoção adotam várias roupagens durante o tempo. Segundo Silva Filho (2011), este instituto decorre de constantes alterações nos costumes e leis, em cada época e cenário social, o que dificulta, inclusive, positiva-los no ordenamento jurídico, cabendo a doutrina essa tarefa.

Seguindo este raciocínio, o referido autor dispõe que a adoção tradicional do direito romano visava privilegiar o interesse do adotante, isto é, as pessoas que buscavam mediante a adoção o desejo da paternidade e maternidade ante a sua incapacidade de prover herdeiros biológicos. Enquanto que a concepção moderna está voltada ao interesse do adotando, ao interesse da criança.

Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Farias, o instituto da adoção poder ser definido como “gesto de amor, do mais puro afeto. Afasta-se, com isso, uma falsa compreensão do instituto como mera possibilidade de dar um filho a quem não teve pelo mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustração da procriação pelo método sexual.” (2014. p. 933)

No mesmo sentido Viviane do Nascimento e Vera Miranda (2012, p. 148):

Adotar é oferecer uma família para dar conforto, afeto e acima de tudo amor e base para os eu desenvolvimento. Contudo, é preciso ter consciência de que a adoção não é um meio de resolver problemas sociais, como o abandono e a institucionalização, mas sim, como um direito de todo individuo a ter uma expectativa de futuro em família, seja biológica ou adotiva. Assim, anos e pode negar a necessidade de uma família na vida de uma criança sendo o processo de adoção de valor essencial (Gondim et al., 2008).

A adoção constitui forma tradicional de parentesco civil, isto é, vínculo estabelecido por lei, garantindo os mesmos direitos do filho consanguíneo. No tocante a sua natureza jurídica, não há consenso. Diverge entre ato jurídico solene, contrato, ato jurídico em sentido estrito condicionado a decisão judicial, ou ainda híbrida. Nesse sentido, assevera o autor Arthur Marques da Silva Filho (2011, p. 63):

Não há consenso, nem unanimidade entre os autores, na definição da adoção. Na busca do conceito de adoção, a maioria dos autores procura destacar a criação de um vínculo especial de parentesco, chamando-o de civil, para distingui-lo do natural. Outros a definem como o ato jurídico que cria entre pessoas relações fictícias e puramente civis de paternidade e filiação.

De acordo com Baronoski (2016, p. 104-106), a que melhor se adequa a proposta da adoção, funcionando como uma manifestação da vontade mas também obedecendo formalidades legais é a corrente híbrida ou mista. Logo, haverá a participação do Ministério Público como *custos legis*, no intento de garantir o melhor interesse da criança, haverá a vontade das partes envolvidas, pois daí que se emana o ato jurídico, e, por fim, a constituição do pedido por decisão judicial.

Ainda segundo a autora, os efeitos da decisão judicial constitutiva são *ex nunc*, começando a partir do trânsito em julgado da sentença, salvo na adoção após a morte do adotante, na qual retroagirá à data do óbito. Possui caráter personalíssimo, portanto, veda-se adoção por procuração. Os efeitos pessoais concentram-se na ruptura dos vínculos jurídicos entre o adotado e sua família biológica, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais; ao exercício do poder familiar pelos adotantes, referindo-se ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos pelos adotantes; e a modificação do prenome do adotando para o do adotante. Além disso, os efeitos patrimoniais ditam aos filhos adotivos os mesmos direitos sucessórios, bem como os direitos de alimentos assegurados aos filhos biológicos, a administração de seus bens pelos adotantes, eis que assumem integralmente a posição de pais do adotando, respondendo civilmente pelos atos dos seus filhos.

No que tange os aspectos processuais, a adoção mais se define por mero ato contratual, pois há intervenção judicial. Não há exatamente um procedimento específico previsto em lei, interpretando-se em conjunto o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A competência para processar e julgar a adoção é do Juiz da Infância e Juventude ou quem exerça essa função, nos termos do art. 148, inciso III do ECA. No caso dos pais naturais tiverem consentido a adoção ou destituídos do pátrio poder, o procedimento será de jurisdição voluntária, e caso contrário, será jurídica contenciosa.

Será realizado um estudo psicossocial do caso, com o auxílio de psicólogos e assistentes sociais, ao qual estudará tanto o adotante quanto o adotando. Outrossim, em audiência de instrução, o juiz irá tomar depoimento do adotante e do adotando, caso este seja maior de 12 anos, a fim de averiguar o melhor interesse do menor no caso concreto.

E mais, o adotante precisa estar inscrito no cadastro de adoção, seguindo os requisitos necessários, bem como o adotando precisa estar em um registro atualizado da comarca de crianças e adolescentes que estão em condições de serem adotadas. O Estatuto prevê um estágio de convivência entre adotante e adotando, compreendendo um período de aproximação gradativa entre ambos para se perceber a desenvoltura do relacionamento.

Por fim, cumpre mencionar as espécies de adoção regulamentadas ou não. A adoção *intuitu personae* pelo qual as partes manifestam sua vontade, e fazem acordo prévio entre os pais adotantes com os pais naturais do adotando, ocorrendo uma escolha antecipatória da família que o adotante ingressara, pelos pais biológicos. Porém esse modelo não vigora no ordenamento jurídico brasileiro. Há a adoção à brasileira, considerada ilícita pelo Código Penal, nos termos do artigo 242, pois trata-se de “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”. A adoção internacional, quando a parte postulante é domiciliada fora do território nacional. Por fim, a polêmica adoção homoafetiva, isto é, por casal do mesmo sexo, e sem regulamentação legal, apoiando-se em entendimento jurisprudencial.

Aproveitando para adentrar, timidamente, no assunto do presente trabalho, salienta-se que não consta vedação expressa na legislação constitucional, civil ou estatutária sobre a adoção por casal homossexual. Com propriedade, assevera Artur Marques da Silva Filho (2011, p. 103):

Assim, não havendo nenhuma disposição legal que impeça a adoção de crianças ou adolescentes por homossexuais, negá-la com base na orientação sexual, to somente, equivaleria a proceder a uma distinção que a própria Carta Magna veda terminantemente. Assim, observados os requisitos constantes na legislação adicional – ou seja, se a adoção apresentar reais vantagens para o adotando (art. 1.625, CC/2002) e se fundamentar em motivos legítimos (art. 43, ECA), e ainda se o adotante for compatível com a natureza da medida e oferecer ambiente familiar adequado (art. 29, ECA), nenhum óbice remanesce.

2.2. Nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09).

A Lei da Adoção provocou alterações no ECA e revogou todos artigos que dispunham sobre adoção no Código Civil, passando a ser regulada somente pelo Estatuto.

Caracteriza o instituto da adoção como uma exceção ao caso em que não é possível preservar o menor em sua família de origem. Para tal, há a intervenção estatal garantindo a convivência familiar mediante políticas públicas. Não só requisitos objetivos,

mas conferiu ao ECA a observância da avaliação psicossocial dos adotantes, o estágio de convivência, o consentimento do adotando, e as vantagens da adoção para ele.

Insta destacar sobre a manutenção dos vínculos fraternais entre os irmãos, assim dispendo no art. 28, §4º: “Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalva a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais”. Sobre as novidades da lei, menciona-se a possibilidade de qualquer pessoa maior de 18 anos, mesmo solteira, poder dar ingresso a um processo de adoção, somente atentando-se para a limitação de 16 (dezesesseis) anos, no mínimo, de diferença entre adotante e adotado. Ademais, conferiu assistência a gestantes ou mães que manifestem o interesse em entregar seus filhos para adoção (art. 8º, §5º), bem como garante ao adotando seu direito de conhecer seu processo de adoção e origem biológica, após a maioridade.

Traçou, então, uma visão que garanta estabilidade na família para o desenvolvimento dos adotandos, atendendo suas necessidades num ambiente familiar digno, que proporcione carinho, amor, e seja vantajoso ao menor. É forçoso reconhecer a existência da pluralidade de modelos familiares, de modo que não se afigurava justa a disposição que havia no art. 1622, do Código Civil: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, a qual foi revogada com o advento da Lei nº 12.010/2009.

2.3. Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990.

Assim como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente também trata o filho adotivo de forma equiparada ao filho biológico, possuindo os mesmos direitos sucessórios, bem como veda qualquer tipo de discriminação decorrente da origem da filiação.

Além do tratamento igualitário assegurando em lei, insta mencionar aspectos sobre o direito de ser adotado. A criança e o adolescente necessitam crescer em um ambiente de amor, solidariedade, respeito, confiança e demais valores que lhe conferem uma vida digna. Dessa forma, elucida Vecchiatti (2012, p. 727):

Outro aspecto que deve ser considerado quando se tem em mente a adoção é o direito que toda criança e todo adolescente têm de ser adotados quando não

possuírem pais biológicos ou quando estes não forem aptos a exercer essa função (como decorrência da perda do poder familiar, nas hipóteses legalmente previstas), entendimento este decorrente do disposto no art. 227 da CF/88 e, especialmente, do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

No texto estatutário estão previstos os seguintes regulamentos sobre a adoção: a) adoção por um dos cônjuges/concubinos do filho do outro (art. 41, §1º; b) adoção por maiores de dezoito anos, independentemente de seu estado civil (art. 42); c) a diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando (art. 42, §3º); d) a adoção por ambos cônjuges/concubinos, salvo se um deles não tenha dezoito anos completos e não haja comprovação de estabilidade familiar (art. 42, §2º); e) a possibilidade de adoção pelos divorciados e separados, considerando as condições do §4º do art. 42; e) adoção por aquele, manifestado a vontade, vier a falecer no curso do procedimento (art. 42, §5º); f) a proibição de irmãos e ascendentes do adotando o adotarem (art. 42, §1º); g) necessidade do consentimento dos pais ou representante legal do adotado (art. 45), salvo quando desconhecidos (art. 45, §1º), bem assim o consentimento do adotando maior de doze anos (art. 45, §2º); h) o estágio de convivência deverá preceder a adoção da criança ou adolescente (art. 45), dispensando-o caso o adotado tenha menos que um ano, ou quando já esteja em companhia do adotante durante tempo suficiente, independe de sua idade (art. 46, §1º); i) a constituição da adoção por sentença judicial, inscrita no registro civil (art. 47); j) a irrevogabilidade da adoção após o trânsito em julgado de sentença constitutiva (art. 47, §6º e art. 48); k) a modificação do prenome por sentença que confere o nome do adotante ao adotando (art. 47, §5º).

No que tange aos requisitos da adoção, o Estatuto será aplicado de forma subsidiária ao Código Civil. A começar pela manifestação da vontade dos interessados na adoção. Ademais, que adota deve ter maioria civil (maior de dezoito anos) na data do pedido, salvo se o adotando já estiver sob sua guarda/tutela como prevê o art. 40 da Lei.

Se regerá a lei civil para o adotando que ser menor de dezoito anos na data do pedido, e pela lei estatutária no caso de ter idade entre dezoito anos e vinte um anos. Para os maiores de doze anos faz-se necessário o consentimento. Outrossim, o consentimento dos pais biológicos só será dispensado no caso de destituição do poder familiar ou quando forem desconhecidos. De acordo com o ECA, em seus artigos 22 e 24, a destituição do poder familiar só existirá após terem sido realizadas todas as medidas de apoio aos pais da criança/adolescente e ficar comprovado que não é possível a reintegração familiar.

CAPÍTULO III

3. ADOÇÃO HOMOAFETIVA: (IM) POSSIBILIDADE?

Se o fator da homossexualidade já é visto com preconceito pela sociedade, considerando-os uma anormalidade, mais repugnado ainda é o fato de pares homossexuais adotarem crianças, de forma equiparada a adoção por heterossexuais.

Historicamente, a sociedade foi construída pautada pela regra de que: para atingir a felicidade, se faz necessária a constituição de uma família. Essa família era determinada pela união de um homem, uma mulher, e sua geração de filhos. Passou-se então a considerar filhos não biológicos, equiparando-os em direitos aos filhos de sangue. Por fim, no momento atual, pares homossexuais enfrentam a imagem de família “ideal” ditada pela sociedade, a fim de também alcançarem a dita felicidade interligada a constituição familiar, mediante união homoafetiva e adoção.

E todos são merecedores de felicidade, independente do modelo familiar. Logo, se a parentalidade faz parte dessa felicidade, nada mais certo e respeitoso ao princípio da dignidade da pessoa humana que conferir esse direito a todos.

De acordo com a leitura dos procedimentos concernentes à adoção, entende-se que o homossexual atende a todos os requisitos necessários para a adoção e que, dessa forma, seu pedido deve ser analisado pelo juízo competente de maneira isonômica, respeitando-se a sua dignidade. Isso porque o ECA não traz qualquer impedimento quanto à possibilidade de adotar, não fazendo referência quanto ao sexo, estado civil ou orientação sexual do adotante. Como já visto, as exigências básicas são que o adotante tenha a idade mínima de 18 anos; que a diferença de idade entre adotante e adotando deve ser de, ao menos, 16 anos; e que a adoção seja realizada em conformidade do melhor interesse do menor.

É importante ressaltar que os homossexuais buscam não apenas o direito de adotar, visto que poderiam fazê-lo através da burla de regras. O que desejam as famílias homoafetivas é o direito de inclusão e participação nas regras em geral, sobretudo no que concerne à família, base da sociedade.

Outrossim, olhando pela lado da criança, é conferido ao menor o direito de pertencer a uma família, o direito da adoção. Assim afirma Paulo Vecchiatti (2013, p. 727):

Ora, se é dever do Estado garantir a integral proteção de crianças e adolescentes, para que tenham um desenvolvimento completo, então é seu dever garantir a eles(as) que possam ser adotados(as) quando não dispuserem de nenhum familiar consanguíneo vivo ou que não esteja apto a desenvolver tal função. Ou seja, não sendo possível a manutenção da criança ou do adolescente em sua família consanguínea (que constitui a preferência do legislador), é imperiosa a sua colocação em um lar substituto, onde receba o amor, o respeito e a solidariedade indispensável à criação de uma pessoa humana.

O cerne da questão é o interesse do menor, conferir-lhe um lar onde receberá amor, respeito, onde poderá se desenvolver como pessoa e aprender valores. Tal garantia pode se dar com a adoção, quando muitas vezes a criança foi abandonada por inaptidão de criação por seus genitores, maus tratos, abusos sexuais, e demais problemas traumáticos.

Logo, partindo desse pressuposto em que prevalece o melhor interesse do menor, o que objetaria a adoção por pares homoafetivos que desejam criar essas crianças e adolescentes em um ambiente de amor e afeto?

Infelizmente, ainda é incipiente a procura em relação à adoção por casais do mesmo sexo, pois, a maioria dos homossexuais que adotam crianças de maneira individual, tende a esconder sua sexualidade, por temor que lhe seja negado o pleito. Apesar da omissão legal e jurisprudencial, tal questão começou a ser debatida pela justiça na década de 1990, pelo juiz Siro Darlan de Oliveira, titular da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital, Rio de Janeiro, tendo este magistrado aprovado as primeiras adoções por homossexuais solteiros, conforme se vê abaixo:

ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER – O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato, pela emissão de Declaração de Idoneidade para a Adoção com parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, **e apresenta reais vantagens para o Adotando, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e frequenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercitar o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. JULGADO PROCEDENTE O**

PEDIDO NA INICIAL. (1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO RIO DE JANEIRO – PROCESSO Nº 97103710-8 - JUIZ SIRO DARLAN DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 1998.)¹ – grifos nossos

É importante dizer que esse receio da adoção conjunta, que leva os homossexuais a se inscreverem para adoção como se solteiros fossem, prejudica principalmente a criança. O adotado não só deixa de fazer jus aos direitos sucessórios provenientes de uma filiação, como também pode vir a sofrer um conflito interno, a partir do momento em que perceber que está excluído da família jurídica de uma das pessoas que a criou.

Deve-se reconhecer que há uma falha considerável do legislador no que diz respeito às relações homoafetivas. Tal falha constitui-se fruto do preconceito, da ignorância, que se originam muitas vezes na tentativa de se manter os padrões arcaicos de uma família patriarcal. Ainda, os poucos juristas que concedem ou se posicionam a favor da adoção por casais do mesmo sexo, argumentam que o adotando encontrará melhores condições de vida devido ao fato de ganhar uma família, mesmo que composta por homossexuais, o que se afigura mais benéfico do que permanecer em um abrigo, sem perspectivas de futuro.

Entretanto, é preciso ter em mente que a adoção por casais do mesmo sexo em hipótese alguma deve assumir o caráter de inferioridade, afinal, é uma alternativa tão benéfica quanto a adoção heterossexual. Não há, portanto, nenhum argumento legal que impeça a adoção por casais do mesmo sexo.

3.1. Argumentos favoráveis e contrários.

A adoção por casal homoafetivo ainda é um tema polêmico na sociedade e entre os operadores de direito. Ante a ausência de regulamentação sobre o assunto, leva a decisões diversas pelos tribunais de justiça, e consequentes entendimentos não unânimes e tratamentos conservadores sobre os casos concretos.

Talvez, um dos primeiros argumentos levantados a debate perante a adoção por homossexuais gira em torno da influência dos pais adotivos homossexuais sobre o

¹ Ementa do Processo 97103710-8, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8876> acesso em 1 de julho de 2017.

desenvolvimento da sexualidade do adotado. Isto é, por ter pais homossexuais, a criança também se tornaria homossexual.

Nesse ponto Paulo Vecchiatti explica que os defensores desta ideia alegam que ao ser criado por um casal homoafetivo, a criança ou o adolescente teria sua formação prejudicada, ante a “ausência” de figura paterna ou materna, criando uma propensão a se tornar homossexual similar à de seus pais. No entanto, o autor questiona a lógica deste raciocínio, ao levantar que a ideia de heterossexualidade como única expressão da sexualidade humana “benéfica” caracteriza também a ideia de que a homossexualidade seria um desvio de comportamento, uma doença a ser erradicada, não aceitando a sua naturalidade.

Todavia, esse fator psicológico resta equivocado, como se verá no próximo tópico. De forma breve, cumpre salientar que a homossexualidade não é considerada doença, mas sim uma demonstração da sexualidade humana. Bem assim, se as figuras paternas e maternas fossem indispensáveis para a criação de um filho e seu desenvolvimento sexual, a família monoparental, por sua vez, está destinada a desenvolver uma orientação homossexual no menor? Ou, o que explica homossexuais oriundos de famílias formadas por casais heterossexuais?

Em sua obra, Paulo Roberto Vecchiatti (2013, p, 730/731) cita o entendimento do magistrado Roger Raupp Rios, merecendo destaque o relatório “Hidden Victims: the sexual abuse of children” (“Vítimas Escondidas: o abuso sexual de crianças”, em tradução livre) realizado pela ILGA “International Lesbian and Gay Association” – da “Associação Internacional de Lésbicas e Gays”, a respeito da violência sexual que o adotado sofre por parte do adotante. O estudo mostrou, em pesquisa social, que 95% dos casos de abuso provêm de casais heterossexuais. Outros relatórios apontam que a influência da orientação sexual do adotante na definição da identidade sexual da criança é a mesma entre pais heterossexuais e homossexuais, não importando sua preferência sexual.

O juiz supracitado fundamenta seu estudo concluindo que tais posicionamentos retrógrados já foram utilizados para impedir casamentos entre pessoas de etnias diferentes, causando a segregação racial entre negros e brancos e impedir a adoção de crianças de cor ou raça diferente da dos adotantes. Estes princípios não podem ser admitidos numa sociedade que não estimule o preconceito e a exclusão social.

O dano à criança não pode ser embasado e justificado pela condição física e sexualidade dos adotandos. Antes uma criança num lar que lhe dê amor e afeto, do que em abrigos, crescendo com a sensação de abandono e rejeição. Desta maneira, ao possibilitar o direito de adoção aos casais homoafetivos, aumenta-se as chances de crianças e adolescentes

conseguirem uma família, de modo que não passem sua infância abandonadas ou institucionalizadas. (ERBES/MIRANDA, p. 151)

Aduzia-se ainda sobre a impossibilidade de adoção ante a falta de reconhecimento do casamento civil ou união estável homoafetiva, nos termos do artigo 1.618, §ú, do CC/02. Isso porque o dispositivo prevê a união estável entre “homem e mulher”, logo, não abrangendo outras formas de união como de pessoas do mesmo sexo. Contudo, este argumento já não merece prosperar mais, pois, não bastasse o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos pelos superiores tribunais, bem assim não há que se falar na interpretação implícita da lei referindo-se a mesma omitir-se sobre esta forma de entidade familiar.

Segundo o artigo 5º, inciso II da Carta Constitucional, “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, portanto, não havendo proibição expressa sobre a união homoafetiva, desmistifica que sua não regulamentação seja uma suposta vedação. Além disso, se trata se uma união com base no princípio da afetividade, principal elemento da formação familiar.

A orientação sexual não pode mais ser enxergada como motivo para privar uma criança de ter uma família, na mesma visão que a cor de pele, ou deficiência física não poderiam determinar o exercício da maternidade e paternidade por interessados em adotar. Deve-se priorizar o interesse da criança, pautados em uma relação de amor, respeito e solidariedade, o que não exclui o casal homoafetivo de lhes fornecer um ambiente assim, conforme entendimentos anteriormente explicados.

Ademais, necessário se faz priorizar o interesse e benefício das crianças e adolescentes perante este preconceito da sociedade que de nada acrescenta. Objetiva-se a valorização das relações de amor e afetividade, como afirma Chaves (2011, p.1), ao defender a idoneidade dos requerentes à adoção, seja o casal homossexual ou não, objetivando o atendimento do melhor interesse da criança, resultante do exercício da parentalidade.

No que se refere a omissão legal sobre a possibilidade de adoção por pares homoafetivos, não é objeção. O que a lei, especificamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, determina são requisitos para adotar. Uma vez preenchidos, qualquer pessoa está apta a adotar, sob pena de violação do princípio da igualdade.

Mais importante ainda é que negar a adoção por casal homoafetivo fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Como retro exposto, neste elementar princípio encontra-se presente o direito à felicidade. O impedimento de famílias do mesmo sexo

adotarem afronta tanto a garantir de ser feliz do casal como da criança ou adolescente a espera de ter uma família. (VECCHIATTI, 2013)

In casu, a discriminação em debate coloca os homossexuais em situação de menor dignidade em relação aos heterossexuais e lhes tira o direito de alcançar a plena felicidade sem a existência de uma motivação válida perante a isonomia que isso justifique. Assim, é inconstitucional a relativização da dignidade de homossexuais visando impedi-los de adotar menores, tendo em vista a inexistência de motivação lógico-racional que isso justifique, assim como (e especialmente) pela ausência de prejuízos aos menores por eles criados em virtude do fato de serem criados por um casal homoafetivo (VECCHIATTI, 2013, p. 736).

O Direito tem concedido a adoção por um dos dois que compõem a união homoafetiva². Dessa forma, se a problemática fosse realmente prejuízos a criança decorrentes da orientação sexual dos pais adotivos, qual a diferença da a adoção ser deferida a apenas um e não a ambos, garantindo a crianças direitos sucessórios e maior proteção? Desarrazoado e preconceituoso o entendimento que casais homoafetivos não possam adotar, pois já reconhecidos como entidade familiar autônoma pelo Supremo tribunal Federal, não restando distinção em direitos com a união heteroafetiva, consoante entendimento de Paulo Vecchiatti (2013, p. 737), que afirma que ao atender os requisitos legais da adoção no Código Civil, os casais homossexuais saem da lacuna normativa e se enquadram na relação conjugal de união estável, gerando por consequência lógica, direitos igualitários à união estável heteroafetiva.

Muito interessante mencionar sobre uma pesquisa realizada na cidade de Curitiba/PR, comentada pelas autoras Viviane Erbes e Vera Miranda em sua obra (ERBES, MIRANDA, 2012), com casais homoafetivos. Foram-lhes perguntados sobre a adoção e o interesse de adotar, assim se manifestando:

Essas crianças precisam de alguém para lhes dar o carinho, sendo, portanto a adoção uma saída benéfica para ambas as partes, ou seja, tanto para a criança ou adolescente que terão a chance de ter um futuro melhor quanto para os pais adotivos que realizam o seu desejo de constituir uma família (p. 154).

² Adoção. Pátrio poder. Destituição. Homossexualidade. Procedência do pedido. Sentença confirmada. Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (TJRJ, AC 14332/1998, 9ª C. Cív., Rel. Des. Jorge Magalhães, j. 23/03/1999).

Adoção. Pedido efetuado por pessoa solteira com a concordância da mãe natural. Possibilidade. Hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para assumir o mister, a despeito de ser homossexual. Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses da criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante. Recurso não provido. (TJSP, AC 51.111-0, Rel. Des. Oetterer Guedes, j. 11/11/1999).

Sobre os motivos de adotar as referida autoras citam as respostas de dois casais: "vários fatores, mas o principal, eu acredito que seja o sentimento de amor ao próximo" (sic). "Várias coisas podem levar à adoção de uma criança, mas eu acredito que as mais importantes são o sentimento de humanidade e o fato de não se poder gerar um filho" (sic). (ERBES, MIRANDA, 2012, p. 154)

Ainda sobre a pesquisa, quando questionado aos casais homoafetivos sobre a possibilidade de sua orientação sexual influenciar o menor, 90% discordou, acreditando que "uma criança educada e criada por casais homoafetivos não seria diferente, o que pode em consequência, sugerir que a sociedade no futuro venha a ser inclusiva, com pessoas menos preconceituosas, com maior aceitação às diferenças individuais e, conseqüentemente com uma mentalidade mais receptiva e aberta." (ERBES, MIRANDA, 2012, p. 159)

Por tudo exposto, os argumentos contrários revelam-se desarrazoados, e acometidos de sentimentos preconceituosos e discriminatórios. Considerando-se o menor e seus interesses sempre em primeiro lugar, os demais fatores serão analisados de forma a garantir-lhe bem-estar e uma vida digna.

3.2. Aspectos sócio-psicológicos e considerações na Medicina.

Um dos principais debates sobre a homossexualidade e seu avanço no cenário social é a explicação da sua origem. Há quem procure essa verdade inclusive para encontrar uma cura.

Para a psicanálise e para Freud, não é considerada doença ou perversão, mas uma variação do desenvolvimento sexual que causa sofrimento entre suas vítimas frente a discriminação e preconceito. (CHEMIN, SESARINO, 2007, p 129)

Sobre o assunto Paulo Roberto Vecchiatti (2013, p. 137) assevera que a medicina comprovou que o amor homossexual não constitui "perversão", "doença" ou "desvio psicológico", entendimento este adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que entendeu a homossexualidade como expressão natural da sexualidade humana, em sua Classificação Internacional de Doenças n. 10 (CID 10/1993).

Ainda explica que o supracitado entendimento foi consolidado em Resolução n. 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, para desconsiderar a homossexualidade uma

doença ou desvio psicológico com necessidade de cura, pois não se trata de condição patológica sujeita a tratamento. (VECCHIATTI, 2013).

Na visão médico-psicológico não existe uma orientação sexual ideal, correta. Até hoje não surgiu uma explicação consolidada sobre a origem das diversas orientações sexuais, seja de eventual natureza biológica, ou hormonal, ou ainda por influência social, para então conceituá-la doença, ou pecado, pelos religiosos, ou ainda olhada como defeito. Nesse sentido, Félix Sánchez cita em sua obra (2009, p. 22) estudos que propõem a predisposição biológica da homossexualidade, embora não sejam comprovados. É mais adequado pensar as expressões sexuais como a junção de fatores psicossociais e biológicos, ao invés de limitá-los à uma só causa.

Na tentativa de estabelecer teorias para responder sobre a origem da homossexualidade, os autores Raathus, Nevid e Rathus (2005) citados por Félix López Sánchez em sua obra (2009, p.22/23) pontuam três: a origem genética “os investigadores pediram precaução porque não encontraram um gene particular relacionado à orientação sexual... tampouco sabem de que maneira um gene – ou combinação de genes – poderia participar na orientação sexual”.

Demais, o referido autor nos fornece uma origem concentrada no fator hormonal que existe em fase anterior ao nascimento, como a convicção de que hormônios pré-natais causem uma alteração no desenvolvimento do cérebro numa vertente feminina ou masculina, fundamentada em estudos com animais. Contudo, o autor descarta a possibilidade pois não há estudos que provem o mesmo com humanos.

Por fim, a teoria sobre a possível origem derivada do aprendizado. Seria uma influência sexual? Sobre o assunto o mesmo autor continua explicando que não foram identificados experiências específicas que conduzissem à homossexualidade, pelos teóricos da aprendizagem. Além de que a maioria das experiências adolescentes homossexuais não conduziram à uma orientação sexual gay ou lésbica adulta. E ainda que a maioria dos homossexuais já tinham consciência de sua orientação sexual antes mesmo de concretizar suas relações sexuais com pessoas do mesmo sexo.

Corroborando o supracitado entendimento, Silvana e Shirley (2007, p. 131) entendem que o argumento de que o adotado por homossexuais será influenciado na sua orientação sexual não é válido, pois crianças que cresceram em famílias heterossexuais consideradas “estáveis” não se tornam necessariamente adultos psicologicamente saudáveis.

Malgrado as teorias, não há como explicar com certeza a existência das diversas orientações sexuais. Sobre o comportamento humano, o autor Enézio de Deus cita o ilustre

Drauzio Varella, em sua obra, afirmando que os defensores da influência do meio possuem aversão aos argumentos biológicos. Segundo eles, a visão da sexualidade humana é complexa e diversa, sendo difícil aceitar que a ordem natural histórica humana se modificou, visto que até onde se sabe a maioria da população sempre foi heterossexual, sendo os homossexuais uma minoria. A sexualidade é, em seu entendimento, uma imposição natural de cada um, e não uma opção individual.

Bem pontuado Paulo Vecchiatti quando indaga: para que procurar a causa da homossexualidade se o mesmo não se faz com a heterossexualidade? Isso denota um certo tipo de preconceito, pois deveria-se entender com naturalidade, normalidade a existência de ambos, sem demais questionamentos. (VECCHIATTI, 2013)

Desse modo, não se pode atribuir motivos e causas da orientação homossexual com certeza, eis que não há regra sobre sua origem. Bem assim, não há que se falar em influência homossexual dos pais sobre os filhos, ou entre amigos, ou por novelas/notícias/filmes, etc. isso porque, mesmo que assim se definisse um homossexual, por influência externa, não se trata se uma questão de culpa, de defeito, ou de uma condição má por ser assim. (SÀNCHEZ, 2009, p. 78).

A psicóloga Lúcia Weber (2002, p. 80/81) cita algumas pesquisas importantes realizadas nos Estados Unidos, a saber: de que não existem evidências que adotantes homossexuais abusem de seus filhos com maior frequência de que adotantes heterossexuais (Coates & Zucker, 1988); de que o psicológico e a felicidade dos adotados não são afetados, mas que o importante é a dinâmica e modo de vida da família, independente de orientação ou parentalidade (Ricketts & Achtenberg, 1989); que a efetividade de pais homossexuais é a mesma de pais heterossexuais, através de um estudo com crianças em custódia (McIntyre, 1994); a compatibilidade dos níveis de autoestima, desenvolvimento social e pessoal de crianças adotadas por homossexuais ser a mesma de um casal heterossexual, por meio de pesquisas com crianças de 4 a 9 anos de idade (Patterson, 1997); e o estudo de Samuels (1990) que destacou a importância de um ambiente estável com carinho e educação dentro de casa, acima da orientação sexual dos pais adotivos.

Dos estudos até hoje realizados em famílias homoafetivas, inclusive em outros países onde é mais recorrente, não restou evidenciado qualquer prejuízo para a criança ou adolescente, seja na sua adaptação, desenvolvimento e bem-estar. As saúdes mental e emocional dos menores apresentaram melhores resultados do que quando moravam em abrigos, aguardando serem adotadas.

Neste eito, Maria Berenice Dias (2006, p. 100) esclarece que a homossexualidade dos pais adotantes não gera desvios de comportamento nos adotados, pois não há estudo constatando qualquer efeito negativo em crianças com pais do mesmo sexo. A carência do modelo tradicional heterossexual não acarreta mudanças em seu desenvolvimento, tampouco torna confusa a identidade do gênero.

Além disso, se assim o fosse, ter pais homossexuais tornam o filho homossexual, então por que homossexuais se revelam dentro de famílias heterossexuais? Oras, o comportamento dos pais é influenciador na orientação sexual dos filhos? Então o que explica a homossexualidade de jovens pertencentes a famílias ditas “normais” (isto é, as compostas de pai e mãe)?

Certamente este é o olhar preconceituoso que a sociedade quer dar, e a argumentação desarrazoada para que não se formem famílias homoafetivas por meio da adoção.

A psicologia de Silvana Aparecida Chemin e Shirley Rialto Sesarino arrebatam que a função da figura paterna é o que importa, pois a ausência do indivíduo ou sua constante presença não assegura que o adotado venha a ter um desenvolvimento saudável, com valores diferentes dos considerados estáveis e “normais”. (2007, p. 125)

E ainda complementam que os genitores não precisam estar necessariamente casados ou morarem no mesmo lugar, contanto que estejam cumprindo suas obrigações como genitores em um convívio saudável com os filhos ou adotados. Até mesmo nas famílias monoparentais, onde somente um dos genitores cria seus filhos sozinhos, independente dos motivos. (CHEMIN, SESARINO, 2007, p. 126).

Dessa forma, o que revela a paternidade e a maternidade não é o sexo, mulher será a mãe, homem será o pai, e para um desenvolvimento sadio a criança precisa de ambos, sendo possível certamente o exercício dessas figuras por alguém solteiro, e, inclusive, por pares homoafetivos.

Estudos realizados reafirmam que essas suposições não correspondem com a realidade, pois meninos e meninas criados por pares homossexuais possuem sua identidade de gênero definidas, indiferentes ao sexo de seus pais. A identidade de gênero está ligada a um conceito mental a partir da premissa de como a pessoa se reconhece: sendo um homem (menino), ou sendo uma mulher (menina). Como prova, podemos analisar filhos com somente um genitor ou criados por avós, que não possuem problemas na aquisição de identidade sexual. (SÁNCHEZ, p. 110)

Ou ainda, quando se associa a homossexualidade com a promiscuidade, fundando que tal entidade familiar homoafetiva afetaria negativamente o desenvolvimento da criança adotiva, pois não seriam aptos a exercer a função paterna ou materna em razão da orientação sexual. Contudo, comportamento promíscuo existe independente de sexo ou orientação sexual, seja por homossexual, seja por heterossexual, o que não pode ser considerado uma característica absoluta de casais gays, muito menos determinante para a possibilidade de adoção.

Com propriedade se faz o posicionamento de Maria Berenice Dias ([201-?], p.1):

Por isso, deve-se pensar muito mais no interesse dos menores do que nos preconceitos da sociedade. Mister ver o amor sem estigmas e sem medos. Os filhos, gerados ou adotados de forma responsável, como fruto do afeto, merecem a proteção legal, mesmo quando vivam no seio de uma família homoafetiva.

Não se deve nortear a segurança, futuro, e possibilidade de ser amada de um menor pela preferência sexual de seus pais. Qual o sentido definir seu bem-estar, seu desenvolvimento, sua completude psíquica/emocional/afetiva antes pela sexualidade de quem a adotará do que pelo caráter, personalidade e principalmente, desejo de formar uma família, de adotar um ser humano, de dar-lhe amor? Assim ponderam Silvana Chemin e Shirley Sesarino (2007, p, 131):

Fica a questão se o mais importante é uma criança institucionalizada em condições mínimas de recursos materiais, afetivos e psíquicos, ou adotada por um indivíduo, que tem como único empecilho sua questão sexual, mas capaz de propiciar a essa criança o adequado desenvolvimento afetivo e psíquico, tão necessários durante os primeiros anos de vida. A razão deve prevalecer sobre a emoção, pois nem sempre uma família constituída por uma casa heterossexual ou por apenas um dos pais, é garantia de uma conduta socialmente regular e estável, capaz de assegurar proteção, educação e transmissão de valores a uma criança. Diariamente somos invadidos por todos os meios de comunicação com notícias de crianças submetidas por seus pais biológicos aos mais diversos tipos de sofrimento físico e emocional. Também não podemos esquecer que uma família tradicional ao adotar uma criança esperando formar uma relação perfeita onde todos supostamente apresentam os requisitos desejados para que isso aconteça, não estará segura que tudo ocorrerá conforme o imaginariamente idealizado.

3.3. Posição da jurisprudência.

A jurisprudência desempenha papel de enorme relevância em nosso ordenamento jurídico no que concerne à adoção por casais homoafetivos, uma vez que estas decisões possuem efeito vinculante, colocando fim a determinadas inseguranças jurídicas. Tendo em vista que o direito brasileiro não possui ainda norma regulamentadora da adoção por casais do mesmo sexo, muitas decisões são amparadas por jurisprudências.

É cediço sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pela Suprema Corte, após intensas batalhas. O basilar caso da ADI n. 4.277, no qual o Ministro Ayres Britto fundamentou sobre a ausência de proibição constitucional, logo, não podendo ser alvo de discriminação as relações homoafetivas. “O que não é proibido tem-se por permitido”, como diria Kelsen.

Ademais, explicou que o teor do artigo 226, §3º da CF/88 não se refere ao conceito da união homoafetiva, mas ao sentido de não conferir mais a antiga hierarquia entre homens e mulheres nas relações jurídicas. Conscientizado disso, passou a se verificar casos de adoção por casais homoafetivos, dentre eles surgindo um julgado no Estado do Paraná que delimitou a idade e sexo dos adolescentes a serem adotados, sendo apenas meninas a partir de 12 anos, no Recurso Extraordinário 846.102 (722).

Nesse caso, o casal lutou por dez anos para conseguir adotar. Recorreram da decisão que restringia a idade e o sexo das crianças, chegando ao Supremo Tribunal Federal em março do ano passado (ano de 2015), quando se obteve voto favorável da ministra Carmem Lúcia para se processar a adoção.

Paulo Vecchiatti cita um caso do Rio de Janeiro em que o Ministério Público apelou por acreditar que a orientação sexual dos pais seria prejudicial a desenvolvimento da criança com que tivessem contato, veja-se:

ADOÇÃO. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados Princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude. (TJ/RJ, Apelação Cível n.º 14.979/98, Rel. Des. Severiano Aragão). (2013, p. 743)

Igualmente outro caso pioneiro de adoção por casal homoafetivo, decidido no Estado do Rio Grande do Sul em 2006, foi o de um casal de mulheres que entraram na justiça para adotar duas crianças, na época de dois e quatro anos, em que estas já haviam sido adotadas por uma das mulheres. Porém, a outra também queria assumir os deveres de guarda e as responsabilidades. O relator decidiu favorável pois se baseou no artigo 1622 do Código Civil, equiparando a união estável do casal, que já viviam juntos há oito anos. Segue a ementa:

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. (TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006).

Caso semelhante aconteceu em São Paulo, no mesmo ano, por casal homossexual masculino, que adotou uma menina após estarem juntos em união estável de quatorze anos. Cabe ressaltar que a menina ficou três anos institucionalizada em um orfanato, devido abandono e maus-tratos da mãe biológica, quando finalmente conheceu os seus pais adotivos. Veja-se:

As guardiãs de A. não esconderam o fato de manterem relacionamento homossexual, ao passo que a guardiã de A. estava enfrentando outros tipos de problemas. (...) O que se discute é a conveniência ou não da adoção pela recorrente. E, ao que se extrai, o seu deferimento representa reais vantagens para A., consistentes no efetivo restabelecimento e fortalecimento dos vínculos afetivos que já entrelaçaram suas vidas. O período de mais de três anos de “estágio” demonstrou ser possível a convivência familiar, que pode transparecer não ser a mais adequada, como a realidade da grande maioria de famílias naturais que, mesmo não sendo perfeitas, proporciona carinho, amor e estrutura emocional a seus componentes (TJSP, AP 123.719-0/9-00, Rel. Des. Paulo Alcides, j.17/07/2006).

Nesta esteira de raciocínio, verifica-se que os entendimentos doutrinários, jurisprudenciais, auxiliados pela área da psicologia, psicanálise e medicina se pautam predominantemente na vertente favorável a adoção por pares homoafetivos, com base no melhor interesse do menor.

3.4. Licença Maternidade e Licença Paternidade.

Durante um longo período, no plano jurídico, se discutia a possibilidade de inclusão de casais homossexuais nos benefícios previdenciários. A Previdência Social já concedeu alguns benefícios para as uniões homoafetivas, como o auxílio-reclusão e a pensão por morte. Entretanto, a legislação brasileira ainda não contempla a totalidade destes direitos. Quando um casal heteroafetivo adota um filho, a mulher tem direito de ficar entre 120 a 180 dias afastada do trabalho, e o pai entre cinco e vinte dias.

Com o advento da Lei 12.873/13, que mudou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o direito de homens e mulheres em casos de adoção foi igualitário, incluindo

as uniões homoafetivas. Acrescentou também que em caso a mãe biológica faleça, o companheiro também poderá tirar a licença pelo período integral ou o restante que aquela teria direito.

Porém, analisando o caso de uma união homoafetiva feminina, se uma das mulheres engravidar ou adotar uma criança, a outra mulher não terá direito a licença-maternidade também, mas poderá requerer o direito equivalente a licença-paternidade pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Desta maneira, os casais homoafetivos que sejam ambos empregados e contratados e regidos pela CLT, poderão pleitear o direito à licença-maternidade e licença-paternidade, de acordo com o art. 392-A deste mesmo instrumento, a dispor:

Art. 392-A. CLT. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392.

Foi inserido o parágrafo 5º do referido artigo, prevendo que somente um dos cônjuges adotantes terá direito a uma licença-maternidade. Ou seja, nos casos de união homoafetiva masculina, a justiça ordena que se conceda a apenas um dos pais este direito:

Art. 392-A, §5. CLT. A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiões empregado ou empregada.

Já existem magistrados concedendo a licença-maternidade a homens viúvos com filho recém-nascido e, da mesma forma, a homens que adotaram menores em conjunto com seus parceiros em união homoafetiva. Veja-se:

TRF 3ª Região – Mato Grosso do Sul - Agravo de instrumento. Servidor. Adoção ou guarda de criança. Licença remunerada de 120 dias. Concessão. Direito do filho. Casal homoafetivo. Discriminação. Vedação. (...) 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. **De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões** (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11). 3. Assim, a licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade. 4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União. (TRF 3ª Região, AI 0032763-15.2012.4.03.0000/MS, 5ª T., Rel. Des. Federal André Nekatschalow, j. 10/06/2013).

Mais importante ainda é salientar que a licença maternidade é direito da genitora em garantia aos interesses da criança, como se o próprio direito *per se* pertencesse ao menor. Segundo o INSS, o homem ou a mulher adotante de menor de até 12 anos de idade pode requisitar o salário-maternidade diretamente no instituto, não importando a sua relação de trabalho (empregado, autônomo, empregado doméstico, entre outros). Este benefício será concedido a qualquer um dos adotantes, sem distinção, por 120 dias, até mesmo nas relações homoafetivas. Da mesma maneira segue o procedimento para o salário-paternidade, em caso de adoção por homem solteiro, viúvo ou casal homoafetivo masculino.

Assim, entende-se que ambas as garantias de licença maternidade e licença paternidade por adoção deverão ser concedidas, seja o pai ou mãe empregado ou empregada, e seja a adoção conjunta ou unilateral, independente de sua orientação sexual. Isso porque o benefício tem função de assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, e não do licenciado em si, garantindo a vida do menor no seio familiar, baseado nos princípios constitucionais da afetividade e da isonomia, impedindo o tratamento diferenciado entre homens e mulheres ao estender estes direitos aos casais homoafetivos.

3.5. A resposta possível e necessária pelo autor.

Certamente o motivo da orientação sexual dos aspirantes a adoção não merece mais prosperar para negar ao menor um lar. O que se ganha com tal impedimento? Mais crianças abandonadas, sem lares? Casais homoafetivos infelizes, com direitos fundamentais, de igualdade e dignidade da pessoa humana, violados por meros caprichos de pensamentos conservadores?

A ideia de que pais homossexuais tornam filhos homossexuais é equivocada, como retro exposto. Porém, mesmo que tornasse, que fosse influenciadora no comportamento humano, que fosse determinante para o desenvolvimento sexual do menor, qual o problema? Ser homossexual é um problema, um defeito, uma anormalidade? É proibido em lei?

O único prejuízo evidente é ser minoria. Assim como a mulher lutou para deixar de ser inferiorizada, o negro, o índio, o deficiente lutam como minorias, o homossexual entrou para a batalha. E o único prejuízo é sofrido por eles somado ao que lhes envolve, com direitos

pouco reconhecidos, e nada regulamentados, tendo ainda, paralelamente, que lidar com a discriminação da sociedade.

E o lucro? Para ambas as partes, a família adotiva e o menor adotado. Em contato com uma família homoafetiva do Estado do Paraná, a primeira a lograr êxito na adoção, revelaram comportamentos, histórias e crescimento de seus filhos adotivos como qualquer outra família, seja adotiva ou biológica, contribuindo significativamente na educação e afetividade de seus filhos, a seguir as palavras de Tony Reis, um dos pais:

Nem tudo tem sido um mar de rosas, mas a experiência da adoção tem sido muito gratificante para nós enquanto possibilidade de realizar o sonho da paternidade, e os três filhos têm tido muitas oportunidades, carinho, afeto e apoio que não teriam tido na situação em que estavam antes e que fez com que viessem a entrar na fila da adoção. Foi fundamental neste processo o apoio da família estendida, das vovós Araci e Hália, dos grupos de apoio à adoção, das Varas da Infância, do escoteiro e da escola, funcionando como uma espécie de rede que ajuda com a criação dos filhos.

Como já bem alhures reportado no presente trabalho, a psicologia valoriza a família, independente de sua formação, para o desenvolvimento psíquico e mental de uma criança. Antes o menor estar num seio familiar que nas “ruas”, marginalizado. Nesse sentido, elucidam Viviane do Nascimento Erbes e Vera Regina Miranda que os adotados precisam de uma base familiar estável, não importando a sua forma, seja por indivíduo ou pares heterossexuais ou homossexuais. O importante para o menor é o sentimento de acolhimento, carinho e proteção, adquirindo identidade familiar.

Corroborando a teoria, o filho adotivo do casal homoafetivo contatado pode falar sobre sua experiência própria de como é pertencer a uma família e ter um laço afetivo. Ele agradece e se sente parte da família, com sua identidade sexual bem definida, citando ainda como “a melhor coisa que já fiz em minha vida” sobre sua experiência de conhecer seus pais adotivos, compondo a família “Harrad Reis”.

Por sua vez, o casal Casagrande e Maganhoto (2016), também compartilharam o sucesso de sua história de união homoafetiva e adoção, com a chegada de Antonella, uma bebê pré-matura de seis meses que possuía cranioestenose, doença rara que impede o crescimento correto do cérebro. Uma cirurgia de alto-risco seria necessária para garantir a saúde da bebê, e possuindo esta condição, sua adoção certamente seria dificultada no magistrado brasileiro. A família então procurou garantir ao juiz, enviando e-mails, que estaria apta a cuidar e amar a bebê mesmo com sua condição precária de saúde.

Neste relato verifica-se como foi importante o aparecimento desse par na vida da menor. Mudou seu destino em prol da sua condição e melhor interesse, conferindo-lhe uma família que lhe dá amor e contribui no seu desenvolvimento.

Não há dúvidas sobre a presença de laços afetivos construídos dentro de uma família adotiva. Os primeiros requisitos que tornam os candidatos aptos a adoção já são previamente analisados, restando apenas acreditar que o menor será feliz dentro do seio familiar, do que o oposto. Enézio de Deus Silva Júnior (2010, p. 174) explicita que os homossexuais que buscam o direito de ser pai e/ou de ser mãe está contribuindo para a melhoria de vida de milhares de crianças e adolescentes marginalizados, na busca árdua que não envolve laços sanguíneos, mas sim somente pelo amor.

Aos poucos se visualiza cada vez mais decisões judiciais concedendo a adoção e favorecendo a composição dessas famílias. O amor está prevalecendo, e motivando casos concretos. A insegurança gira em torno da falta de regulamentação sobre o tema. Pois, malgrado haja entendimentos jurisprudenciais favoráveis a adoção por casal homoafetivo, ainda persistem posicionamentos distintos, conservadores, nas casas do judiciário, o que afasta a unanimidade de deferimentos sobre processos de adoção. Sendo assim, necessária se faz a regulamentação.

O supracitado autor continua, ao exaltar a necessidade de uma interpretação justa e humana das normas pelos magistrados, possibilitando o acesso à justiça, com dignidade e respeito à milhões de cidadãos vitimados pelo preconceito de orientação sexual. (JUNIOR, 2010, p. 212)

Mister se fazer a criação de projetos de leis para tratar dos temas das minorias em questão e os aspectos da vida que lhe envolvem, merecendo tratamento igualitário em relação aos demais grupos sociais. Pois em relação à adoção homoafetiva, esperar uma resolução normativa-legal deste direito, poderá afetar a vida de muitas crianças e adolescentes que não encontrarão famílias e lares estáveis, indo ao contrário ao princípio do melhor interesse do menor. (JUNIOR, 2010, p. 218)

Lastimável a omissão legal caminhar a passos lentos para solucionar casos. Pelo menos o descompasso social está se reduzindo com a criação jurisprudencial, permitindo que se apliquem entendimentos análogos para condução de processos de adoção em lares homoafetivos. (JUNIOR, 2010)

A obrigação do Estado é cuidar desses menores, garantir-lhe a dignidade da pessoa humana acima de qualquer valor. O abandono não pode ser uma opção. A não adoção por pares homoafetivos em detrimento do melhor interesse do menor não pode se fundar pela orientação sexual. Válido mencionar o entendimento das psicólogas Lídia Weber e Lúcia Lossobudzki, de que crianças em orfanatos vivem em uma realidade artificial, sem vínculos afetivos concretos. Estes menores são privados de seu espaço subjetivo, e estão muitas vezes

destinados a concluírem dezoito anos para poderem sair da instituição, tendo que arrumar empregos sem devida instrução.

Fortemente descabido se faz deixar que menores, assustados, sozinhos e carentes de afeto permaneçam institucionalizados pelo motivo de uma sociedade preconceituosa e um Estado omissivo de suas responsabilidades, que não aceitam famílias homoafetivas lhes darem um lar, amor, futuro e amparo inerente de qualquer ser humano em crescimento.

Ademais, tanto os homossexuais estão aptos de exercitarem sentimentos de maternidade e paternidade (nem um pouco exclusivos de heterossexuais) como crianças estão propensas a pertencer a um lar, sem qualquer prejuízo decorrente da orientação sexual de seus pais homossexuais adotivos.

O tema já sofreu considerado avanço jurisprudencial e doutrinário em pouco tempo, fazendo-se necessário, igualmente, a proteção pelo sistema de leis. Bonito se faz encerrar o insistente entendimento com as palavras do doutrinador Enézio de Deus (2010, p. 236), de que os conceitos de família e amor estão entrelaçados, pois onde não se vê afeto, não se vê família.

Nesta esteira de raciocínio, conclui-se pela possibilidade da adoção por casal homoafetivo, primeiramente por merecerem amparo da carta constitucional quanto ao reconhecimento como entidade familiar, formada por laços afetivos; em razão de estudos realizados nas áreas da psicologia e psicanálise entenderem que a orientação sexual de um casal homoafetivo aspirante a paternidade/maternidade adotiva não irá “transpassar” aos filhos adotivos por influência comportamental, como sugerem alguns pensadores; bem assim, em razão de que são plenamente aptos a constituir uma família mediante a adoção de crianças ou adolescentes, quando preenchidos os requisitos da Lei de Adoção e do Estatuto da Criança do Adolescente, como qualquer outro candidato a adoção, e não sendo julgados inaptos pela sua preferência sexual; e, por fim, a importante necessidade de se priorizar o interesse do menor, em pertencer a um lar, ter uma vida digna, receber afeto, aprender valores como solidariedade, respeito, educação dentro do seio familiar, e, principalmente, receber o amor que na maioria das vezes desconhece durante sua vida na instituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No plano social, a formação da família vem sofrendo transformações constantes. Porém, o significado de família permanece: relação de afeto. Decorre desse elemento o surgimento de diferentes composições familiares, dentre elas, a família homoafetiva.

Não é novidade que a sociedade é marcada por valores preconceituosos frente aos grupos minoritários. Foi um descaso com as mulheres, com os índios, com os negros. Alguns deles ainda sofrem os reflexos de uma época de privações. Hoje, o principal grupo desprotegido são os homossexuais.

Com o tempo, a exposição da orientação sexual, o debate do assunto, e consequências jurídicas deram coragem de se assumir frente à família, amigos, e sociedade em geral. Paralelo a essa postura, passou-se a buscar direitos e garantias, conferidas aos heterossexuais, principalmente a união civil e a possibilidade de constituir uma família.

O presente trabalho buscou tratar do tema nas esferas doutrinárias, jurisprudenciais, e legais, para convencer que todas as pessoas possuem o direito de constituir família, de exercer a figura materna/paterna, bem como ser filhos de alguém. Ou seja, todos saem ganhando se pares homoafetivos podem adotar, e menores abandonados sejam adotados, acolhidos em um lar.

Para tratar o tema, partiu-se dos conceitos e teorias sobre a Família, os princípios norteadores do Direito de Família e do instituto da adoção. Sucessivamente adentrou-se ao ponto cerne do trabalho, seja a possibilidade da adoção por pares homoafetivas à luz do Direito e considerações da Psicologia.

No campo do Direito, verificou-se que não há proibição da adoção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual norteia-se priorizando o melhor interesse do menor. Bem assim, a carta constitucional abrange a união homoafetiva no conceito de entidade familiar, eis que é formada pelo afeto, conforme reconhecido pela Suprema Corte. Assim, com *status* de família, é possível a adoção por pares homossexuais.

Em contrapartida, suscitam justificativas como: a orientação sexual do casal homoafetivo influenciar os filhos adotivos a desenvolverem a homossexualidade. Ou ainda, questiona a aptidão deles serem pais ou mães ante a duplicidade de apenas uma figura, a paterna ou materna, e a ausência da outra. Bem assim, fala-se que o menor será alvo de discriminação em razão dos seus pais serem homossexuais.

Contudo, provou-se no decorrer do trabalho que são argumentos equivocados bom base na psicologia, sexologia e medicina. Isso porque, não se sabe com certeza a origem da orientação homossexual do ser humano, não podendo afirmar que se torne assim por influência externa. Muito menos que a orientação sexual faça alguém um pior pai, uma pior mãe, e não saiba dar amor, suprir as necessidades básicas de uma criança e garantir-lhe seu desenvolvimento numa família. Ademais, o eventual preconceito que essa criança ou adolescente vier a sofrer por ser filho adotivo de pares homoafetivos não pode ser combatido com outra atitude preconceituosa que é privá-lo de um lar amoroso por desacreditar na possibilidade de casais homossexuais serem capazes de fornecer-lhe um ambiente familiar adequado.

Felizmente a problemática da adoção por casal homoafetiva está deixando de ser um recorrente obstáculo nos entendimentos jurisprudenciais, tornado-a possível. Porém, a interpretação análoga dos casos concretos, bem como a omissão legal ainda favorecem decisões negativas ao processo de adoção, e a desigualdade de tratamento dos casos concretos.

Os casais do mesmo sexo, todavia, ambientados a todo tipo de preconceito e alijamento social, desejam - em sua maioria - simplesmente adotar uma criança que seu coração escolha. É claro que a adoção por casais do mesmo sexo jamais deve ser vista como uma alternativa à adoção por casais heterossexuais, porque isso seria rebaixar uma família homoafetiva à condição de válvula de escape. Contudo, este raciocínio demonstra que os ordenamentos jurídicos, sempre inflados de formalidades, padecem de compreensão com as mais simples situações do cotidiano.

Logo, mister se faz a elaboração de legislação específica, disciplinando a matéria para a efetiva proteção de menores e pares homossexuais que enfrentam o duro trâmite temporal do processo, com incerteza do êxito.

Ante o exposto, é possível a adoção por uniões homoafetivas, com base nos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana, igualdade, e priorizando o melhor interesse dos menores, abdicando de raciocínios discriminatórios e preconceituosos que só atrasam a evolução social, a fim de dar amparo jurídico aos homossexuais e demais minorias, garantindo-lhe a proteção de direitos, a busca da felicidade, e a possibilidade de exercer suas relações familiares pautadas no amor e afeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. **O valor jurídico do afeto: construindo o saber jurídico**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, 2006.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. 2. ed. Ponta Grossa: UEPG, 2016.

BRASIL, STF. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN: 4.277/DF, Rel: Ministro Ayres Britto. Acesso em 6 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Acesso em 10 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. TJSP, AP 123.719-0/9-00, Rel. Des. Paulo Alcides. Acesso em 5 maio de 2017.

CARVALHO, Maria Cristina Neiva de (org.); MIRANDA, Vera Regina (org.). **Psicologia jurídica: temas de aplicação**. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Maria Cristina Neiva de. **Psicologia e justiça: infância, adolescência e família**. Curitiba: Juruá, 2012.

CHAVES, M. **União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2.896, jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf> Acesso em 9 jun. 2017.

CHEMIN, Silvana Aparecida; SESARINO, Shirley Rialto. **Adoção e homossexualidade: a civilização e o seu mal-estar**. Curitiba: Juruá, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem sexo**. In: Site Maria Berenice Dias. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_-_amor_n%3o_tem_sex0.pdf Acesso em 9 jun. 2017.

_____. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFam, 1999, p.88 apud GIORGIS, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA in IDEF – INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (Coord.). Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça!**, 3ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

_____. **União Homossexual: aspectos jurídicos**. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Maria_berenice/Uniaoohomo.pdf Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. **Unões Homoafetivas – uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. In: Site Maria Berenice Dias. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%3o_ver.pdf Acesso em 19 maio de 2017.

_____. **Vínculos hetero e homoafetivos**. Disponível em: http://www.armariox.com.br/conteudos/artigos/018_vinculos.php Acesso em: 27 maio de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. **Breves notas históricas da função social no Direito Civil.** In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2007.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (Coleção elementos do direito; v.4).

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal,** Tradução de Ingo W. Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões de Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional,* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LÓPEZ SÀNCHEZ, Félix. **Homossexualidade e família: novas estruturas;** tradução Carlos Henrique Lucas Lima. – Porto Alegre: Artmed, 2009.

MARTINS, Fernandinho. **Pais fora do comum.** In: Mix Brasil, Disponível em <http://www2.uol.com.br/mixbrasil/cultura/especial/pai/pai.shl> Acesso em 16 maio. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: proteção constitucional.** Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família.** RT, v. 628, p. 19 – 39, fev. 1988.

RIOS, Roger Raupp. 2007. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação.** In: ____ (org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. p. 111-139.

ROSENVALD, Nelson.; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil, v.6, Famílias.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação.** 3ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos / Paulo Roberto Iotti Vecchiatti.** - 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2012.

ZANOTTO, Rômulo. **Casa nova, Casagrande, Maganhoto e Família.** Disponível em <http://www.onecuritiba.com.br/casa-nova-casagrande-maganhoto-e-familia/> Acesso em 9 jun. 2017.

WEBER, Lidia. **Pais e Filhos por Adoção no Brasil – Características, Expectativas e Sentimentos.** Curitiba: Juruá, 2002.