

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO NORTE
JANAÍNA DE MEDEIROS SILVA

A LEI Nº 12.010/2009 E A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS:
A OPORTUNIDADE PERDIDA

NATAL – RN
2010

JANAÍNA DE MEDEIROS SILVA

**A LEI Nº 12.010/2009 E A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS:
A OPORTUNIDADE PERDIDA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Profª Esp. Cláudia Vechi Torres.

NATAL – RN
2010

JANAÍNA DE MEDEIROS SILVA

**A LEI Nº 12.010/2009 E A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS:
A OPORTUNIDADE PERDIDA**

BANCA EXAMINADORA:

Prof^ª. Esp. Cláudia Vechi Torres
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof^ª. Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof^ª Esp. Liana Maia de Oliveira
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: ____/____/____

As dificuldades enfrentadas ao longo da minha trajetória de vida pessoal e acadêmica, somente puderam ser superadas graças ao carinho, incentivo e amor incondicionais de minha mãe, Marilene de Medeiros Silva, exemplo de mulher, a quem dedico com profunda gratidão este trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo:

Grandes foram os obstáculos, maiores as superações. Muitas vezes pensei que este momento nunca chegaria. Queria recuar ou parar. Mas, com a Tua ajuda e Tua luz, segui. E hoje não estou chegando ao fim, mas ao início de uma longa caminhada;

A minha família, em especial aos meus pais, minha irmã Juliana, e minha tia Julieta Rodrigues, esta última acompanhando minha trajetória, e por mim torcendo, ainda que distante:

Tive que escolher, enfrentar, renunciar, aprender, reaprender, e, em todos esses momentos, sempre estiveram comigo. Quero dizer-lhes que nada em minha vida seria possível sem o amor e o incentivo de vocês;

Aos meus amigos e ex-colegas de curso, Marileide, Érica, Madalena e Jacqson:

Ficaram para trás o bate-papo nos corredores, as brincadeiras, as conturbadas provas ...

Contudo, ficarão para sempre em minha memória os bons e os maus momentos que compartilhamos, a presença amiga e o apoio ilimitado que vocês me deram nessa jornada.

Que nossa amizade amadurecida pelo tempo, não se destrua ou esmaeaça;

Aos professores e funcionários da UERN – Campus Avançado de Natal/RN:

O trabalho de lapidação do ser humano é árduo e exige dedicação, abnegação e experiência. Pelo esforço de cada um, pelos questionamentos que possibilitaram a explicitação e redefinição dos ensinamentos, meu muito obrigada;

A minha professora Cláudia Vechi Torres, a bússola orientadora que, com muita destreza, disponibilidade e colaboração, guiou-me na confecção deste trabalho monográfico;

Aos servidores e colegas da 2ª Vara Infância e Juventude desta capital, pela paciência e compreensão que a mim foram dispensadas. Minha conquista também pertence a vocês;

Enfim, a todos que, intervindo direta ou indiretamente, contribuíram para o meu êxito.

*“O filho por natureza ama-se
porque é filho; o filho por adoção é
filho porque se ama.”*

Padre Antônio Vieira

RESUMO

Já são expressivas as ações judiciais sobre temas que circundam a homossexualidade, e que, antes tímidas e quase sem registros nas estatísticas jurídicas, hoje em muito estimulam a produção forense. Percebe-se também a bipartição sócio-jurídica na forma de encarar os relacionamentos homoafetivos, reconhecendo que esta união, inobstante criticada, existe e produz efeitos, quer somente no plano obrigacional, quer no âmbito das relações familiares. Contudo, a recente lei 12.010/2009 trouxe à tona uma das maiores controvérsias já alçadas, a saber, a adoção por pares homoafetivos. De fato, em que pese o avanço da jurisprudência, a nova legislação infraconstitucional, de forma recalcitrante, não estendeu às uniões homoafetivas o direito a uma paternidade-maternidade ficta, de sorte que, não ventilando tal possibilidade, perpetua a ocorrência de um *modus operandi* discriminatório. A maior dificuldade daqueles que se opõem é compreender as transformações ocorridas no tecido social e, sobretudo, na constituição da família hodierna, cuja finalidade deslocou-se da exclusividade do matrimônio e da procriação, e converge para elementos precípuos, como o amor e a afetividade. Assim sendo, o presente trabalho procurou compulsar os motivos pelos quais o Legislativo resiste em viabilizar a adoção em favor de casais homoafetivos, levando-se em conta que tal direito resguarda-se, por um lado, pelo princípio superior do interesse da criança, e, por outro, pelos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e do respeito à dignidade humana.

Palavras – chave: Nova Lei de Adoção, Homoafetividade, Entidade Familiar, Preconceito, Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

Already are significant legal skirmishes on issues involving homosexuality, and that before shy and almost no records in entity statistics, in today's very incite the production forensic. Note also the socio-splitting legal way to look at homosexual relationships, recognizing that this union, criticized inobstante there and take effect from obligatory nature and heritage. However, the recent law 12.010/2010 brought up one of the biggest controversies ever lifted, namely the adoption by homosexual couples. In fact, despite these advances, the new infra-constitutional legislation, so recalcitrant homoaffection unions not extend to the right to parenthood fictitious, so that no fanning not possible, perpetuates the occurrence of a 'modus operandi' discriminatory. The greatest difficulty for those opposed is to understand the changes in the social fabric and, above all in the constitution of the family of today, whose purpose has shifted from the exclusivity of marriage and procreation, and converge to elements mainly, like love and affection. Therefore, this study sought to establish reasons why the Legislature would have to not enable the adoption in favor of homosexual couples, taking into account that this law protects itself, first by founding principle of full protection extended to children and, second, by constitutional principles of equality, discrimination and respect for human dignity.

Key - words: New Law of Adoption, Homoaffection, Family Body, Prejudice, Constitutional principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO INSTITUTO DA ADOÇÃO.....	13
1.1 A ADOÇÃO SEGUNDO O CONTEXTO MUNDIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGAIS E RELEVÂNCIA SOCIAL.....	13
1.2 ADOÇÃO NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA COM ENFOQUE NA TUTELA DE INTERESSES	17
1.2.1 Da Origem ao Advento da Lei 4.655/65: Amparo ao Adotante.....	17
1.2.2 Do Código de Menores à Atual Disciplina: Proteção Integral ao Adotando.....	22
1.3 ELUCIDAÇÕES CONCEITUAIS, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE.....	25
1.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	29
1.5 PROCEDIMENTO JUDICIAL DA ADOÇÃO	31
1.5.1 Da Competência	31
1.5.2 Da Legitimidade.....	32
1.5.3 Dos Requisitos	34
1.5.4 Efeitos.....	36
1.6 INOVAÇÕES ADVINDAS DA LEI 12.010/09.....	37
2 A HOMOAFETIVIDADE FACE À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	40
2.1 MATRIZES HISTÓRICAS DA HOMOSSEXUALIDADE: DA TOLERÂNCIA À GÊNESE DO PRECONCEITO.....	40
2.2 HOMOSSEXUALISMO, HOMOSSEXUALIDADE E HOMOAFETIVIDADE.....	50
2.3 O PRINCÍPIO DA PLURARIDADE DAS FORMAS FAMILIARES E A AFETIVIDADE COMO ATUAL PARADIGMA.....	53
2.4 FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA A DESEQUIPARAÇÃO.....	57
2.5 AVANÇOS NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	63
2.5.1 Os Mecanismos de Integração Como Parâmetros para as Decisões Jurisprudenciais	

	9
.....	63
2.5.2 A Contribuição do Legislativo	71
3 ADOÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS	75
3.1 ARGUMENTAÇÃO CONTRÁRIA E FAVORÁVEL	75
3.2 DA (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA.....	80
3.3 A LEI 12.010/09 E A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: A OPORTUNIDADE PERDIDA.....	85
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

A filiação homoparental - maternidade ou paternidade exercida por homossexuais - é, sem dúvida, dentre todos os temas que cingem a homoafetividade, o que mais suscita controvérsias, mesmo entre os que enxergam nas parcerias uma expressão da afetividade.

Felizmente, inobstante o silêncio da lei, e o preconceito embutido em óbices morais e religiosos, a jurisprudência pátria vem assentindo com a onda inovadora de direitos e garantias, ciente de que a convivência homoafetiva é uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurisdicional.

Contudo, a notável abertura não foi capaz de sensibilizar o codificador. A recalitrância legislativa é de tal ordem, que até mesmo o previsto reconhecimento da adoção aos pares homoafetivos foi suprimido da atual disciplina do instituto, a Lei 12.010/09. A restrição é lamentável, porquanto, por um lado, infringe o valor maior da dignidade da pessoa humana respaldado pela própria Constituição Federal, e, por outro, nega a um grande conjunto de crianças desamparadas uma das dimensões básicas da afetividade.

Nesta baila, procurar-se-á analisar juridicamente a adoção no âmbito das relações homoafetivas, identificando os pontos favoráveis ao seu deferimento, bem como os entraves que o obstam. Antecipe-se que o presente trabalho sustentará a sua viabilidade, considerando-se que as uniões mantidas por pessoas do mesmo sexo possuem uma dinâmica familiar e estabelecem vínculos afetivos como qualquer outra, pautados nos mesmos elementos de caracterização da união estável, pelo que, por via analógica, impõe-se o seu enquadramento como entidade familiar, e, por via reflexa, a extensão ao direito à maternidade/paternidade ficta.

Assim, abordar-se-á, em um primeiro momento, o instituto da adoção *per si*, traçando-se a sua linha histórica e sua relevância social, enfatizando-se no cenário pátrio as diversas tutelas de interesse, as quais, até o advento do Código de Menores, impunham soluções centradas não na figura do verdadeiro titular do direito à proteção, que é a criança, e sim, na pessoa dos adultos que se viam impedidos biologicamente de constituir uma prole. Com o tempo, o papel do instituto foi se modificando, até se deslocar da exclusiva finalidade de

propiciar descendentes a quem a natureza negou, para o patrocínio do bem-estar do menor. Pode-se localizar no Brasil dos anos noventa uma adoção com nova roupagem, de cunho eminentemente assistencial, que busca, sobretudo, senão sanar, ao menos mitigar o problema da paternidade irresponsável, e do enorme contingente de crianças desassistidas e jogadas à própria sorte, proporcionando-lhes a oportunidade de ingressar num lar. O capítulo ainda traz elucidações conceituais do instituto, seus princípios informadores, dentre os quais se destaca o do melhor interesse da criança e do adolescente, e as diversas correntes acerca de sua natureza jurídica, sobrepondo-se a que defende situar a adoção na esfera pública, malgrado parta de interesses particulares. Também assinala os requisitos indispensáveis ao seu regular processamento, a competência para julgar seus feitos, a legitimidade para a propositura da ação, bem como os efeitos decorrentes da medida. Para finalizar, expõe, de forma sucinta, as inovações introduzidas pela Lei 12.010/09.

O segundo capítulo ocupar-se-á do esboço da homoafetividade frente ao redimensionamento do conceito de família, explorando a pluralidade dos arranjos familiares e a afetividade como novo paradigma. Para tanto, *a priori*, se debruçará nas nuances da homossexualidade, desde os seus primórdios, quando a prática era aceita, ritualizada e até incentivada, incursionando pela gênese do preconceito até alcançar os dias atuais. Elucidará o amoldamento do conceito ao longo dos séculos, sempre correlacionando o processo histórico nacional com o contexto global, tendo em vista a importância e a propulsão que os ideais internacionais imprimiram na tomada de consciência dos grupos homossexuais brasileiros, resultando na proliferação de movimentos libertários contra o preconceito e a discriminação. De outra baila, revelou a homofobia como sendo a mais cruel face do preconceito, baseada em um ódio gratuito dirigido àqueles que se relacionam sexualmente com o mesmo gênero.

Outrossim, se discorrerá sobre as transformações no tecido social que conduziram à repersonalização do direito de família, cujos contornos superam o arquétipo da família patriarcal, procriadora, e fundada tão somente no matrimônio. Com efeito, a Carta Magna, ao admitir novas formas de estruturação familiar que não provenientes exclusivamente do casamento, acabou por erigir a questão da afetividade à posição de vetor na composição de suas relações. Portanto, a família contemporânea volta-se especialmente à realização sentimental e personalística de seus membros, pouco importando se estes pertencem ao mesmo sexo, ou não. Neste diapasão, defende-se a equiparação da união homoafetiva à união estável, e não à sociedade de fato, posto que enlaçada por um elo de afetividade, e não por

liame negocial que congrega bens e serviços destinados à atividade econômica. *Contrario sensu*, se anotará também os argumentos invocados para a desequiparação, sustentados por muitos doutrinadores, e, sobretudo, por legisladores que resistem à sua positivação, embora vislumbre-se tendência favorável a tal reconhecimento na Lei 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, que foi a primeira norma infraconstitucional a trazer em seu bojo o moderno conceito de família. Ainda, serão trazidos à baila os mecanismos de integração como parâmetros para as decisões judiciais que amparam a cidadania dos grupos homoafetivos, partindo-se da imposição legal de que, na resolução dos casos não regulados no ordenamento jurídico, deverá o aplicador da lei preencher a lacuna socorrendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Por fim, chega-se ao ponto fulcral do presente trabalho, que é a adoção por pares homoafetivos sob a égide da lei 12.010/09. Frise-se que, incontestemente a possibilidade de adoção pleiteada unilateralmente por homossexual, uma vez que, conforme preveem os regramentos infraconstitucionais, qualquer pessoa pode adotar, desde que atenda aos requisitos legais exigidos para o deferimento da medida. A polêmica se trava quanto à adoção postulada por um casal homoafetivo. Serão, portanto, compulsados os principais argumentos contrários à adoção homoafetiva, e identificados os pontos favoráveis à sua concessão. Dando continuidade, se demonstrará a possibilidade jurídica do pleito, lastreada nos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, sem deixar de mencionar o princípio do melhor interesse da criança, que restará atendido se a adoção constituir reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos, bem como serão elencadas algumas construções jurisprudenciais que se firmam favoravelmente à colocação em família substituta homoafetiva. Nesta esteira, o papel do judiciário em ajustar o direito à realidade social é de suma importância para a realização da prestação jurisdicional. Encerrando o capítulo, se tecerá uma reflexão técnico-jurídica sobre o retrocesso da lei ao frustrar a perspectiva do dispositivo que estenderia aos pares homoafetivos o direito à adoção, indo, inclusive, na contramão das decisões judiciais. A resistência do legislador em não lhes conferir a adequada normatização, quando teve a oportunidade de fazê-lo, não encontra outra justificativa que não o preconceito. Logo, deixar de observar a realidade dessas minorias quando da elaboração do Direito Positivo, ainda que de forma implícita, importa em explícita e arbitrária violação ao cânone maior do Estado Democrático de Direito, seu esteio e sua razão de ser: o princípio da dignidade da pessoa humana.

1. DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

1.1. A ADOÇÃO SEGUNDO O CONTEXTO MUNDIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGAIS E RELEVÂNCIA SOCIAL

O instituto da adoção revestiu-se de múltiplas formas ao longo dos séculos. Sua origem remonta à Antiguidade¹, quando o dever de procriação atendia ao imperativo religioso de perpetuar o culto doméstico², simbolizado pelo ritual sagrado do fogo.

Assim, para garantir a perenidade de determinada linhagem, e, por conseguinte, das cerimônias religiosas, permitia-se o divórcio na hipótese de esterilidade, a substituição do marido por um parente nos casos de impotência ou morte prematura, e, como último recurso, o direito de Adotar³, sendo, porém, cerceado àqueles que já tivessem constituído a sua prole.

Na seara jurídica, as primeiras codificações que se tem conhecimento, a saber, os Códigos de Manu e de Hamurábi⁴, já contemplavam a filiação adotiva.

Através da leitura de escritos bíblicos é possível ainda encontrar relatos de adoções, como a de Ester por Mardoqueu, e a de Efraim e Manassés, por Jacó. A Lei do Levirato (Deuteronômio, 25-5) obrigava os irmãos do esposo morto a desposar a cunhada para dar-lhe descendência ‘a fim de que o seu nome não se extinguísse em Israel’.⁵

Os egípcios e hebreus não a regulamentaram, havendo apenas menções históricas neste sentido, como o caso de Térmulus, filho do faraó, que adotou Moisés, quando este foi abandonado por sua mãe biológica – tal agregação era muito recorrente nas antigas

¹ Período da história que iniciou com a invenção da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) e se estendeu até a desintegração do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), e advento da Idade Média (século V).

² WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 264.

⁴ Cf. Flávia Ferreira Pinto: “ao adotado era permitido regressar ao lar de seus pais legítimos apenas se estes o houvessem criado, sendo que na hipótese de ter o adotante despendido dinheiro e zelo com o adotado tal situação era vedada. Caso o adotante tivesse filhos naturais supervenientes à adoção, esta poderia ser revogada, fazendo jus o adotado à indenização” (PINTO, Flávia Ferreira. *Adoção por homossexuais*. Disponível em < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 25 de março de 2010).

⁵ FILHO, Waldyr Grisard. *Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?* Disponível em < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pd > Acesso em: 25 mar. 2010.

civilizações.⁶

Na sociedade grega, a adoção exerceu proeminente função política e social, mormente entre os atenienses.⁷ O ato exigia a participação de uma assembléia popular, e só era concedido aos ditos cidadãos. Contando com rigor formal e uma intensa linha religiosa, só veio a se popularizar com a reforma proposta por Sólon.⁸

Foi em Roma, contudo, que seu uso se expandiu de forma expressiva, encontrando disciplina e sistematização jurídica.⁹ Nesse diapasão, o Direito Romano registrou três espécies de adoção, quais sejam, a ad-rogação, a testamentária e a adoção propriamente dita ou em sentido estrito.

A primeira – *arrogatio ou ad-rogatio* – outorgava a um *pater familias* o direito de integrar a sua família um indivíduo e todos os seus descendentes e bens, determinando, para tanto, a observância de algumas formalidades, como a efetiva intervenção da autoridade pública, além da anuência concorrente do adotante, do adotado e da massa popular, especialmente convocada pelo pontífice.¹⁰ Consistiu em poderoso instrumento político, passando a figurar no direito público, já que, por seu intermédio, se indicavam os futuros chefes do Estado.

Como ato de última vontade, a *adoptio per testamentum* destinava-se a produzir efeitos *post mortem* do testador-adotante, o qual, em ato solene e complexo, submetido à confirmação da cúria, valia-se do testamento para concretizar a mudança de filiação. Porém, era de pouca utilidade.¹¹ Abarcava natureza controversa, na medida em que “para uns a adoção testamentária constituía verdadeira ad-rogação; para outros, era simples instituição de herdeiro sob condição de tomar o adotado o nome do testador.”¹²

Por último, tem-se a *datio in adoptionem* ou *adopti*, tipo de adoção que mais guarda similitudes com a concepção contemporânea do instituto, já estabelecendo como pressuposto

⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.330.

⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 91.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.330.

¹⁰ WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 387.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 265.

a diferença de dezoito anos de idade entre adotante e adotado. Como este último pólo era ocupado por um incapaz, o ato somente se processava mediante concordância de seu representante, em uma solenidade presidida pelo magistrado¹³, cujas etapas abrangiam, num primeiro momento, a extinção do pátrio poder do pai natural, e, depois, sua transferência em favor do adotante.¹⁴

Com a queda do Império Romano do Ocidente¹⁵ em 476 d.C, provocada, entre outros fatores, pelas invasões bárbaras, a prática da adoção rui em franco declínio¹⁶, só vindo a ser restaurada na era Justiniana¹⁷.

Percebendo a importância de salvaguardar a herança do direito romano, Justiniano empreendeu um trabalho legislativo de recompilação e reorganização jurídica, que culminou na elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, um de seus mais notáveis marcos.¹⁸

A obra identificava a adoção em duas classes: a plena, que admitia a cessão do pátrio poder somente entre membros de uma mesma família; e a menos plena, que, inobstante realizada entre estranhos, mantinha o pátrio poder do pai biológico em relação ao filho adotado, conservando assim, os laços de parentesco com a família de sangue. Todavia, caso o adotante viesse a falecer sem deixar testamento, o filho adotivo concorria à sucessão. A princípio só facultada aos homens, o direito de adotar, pelo código Justiniano, também foi franqueado às mulheres que houvessem perdido seus filhos, como uma razão de consolo.¹⁹

Durante a Idade Média, em razão do Feudalismo e das novas influências religiosas, o instituto cai definitivamente em desuso. “De fato, a adoção incompatibilizou-se com a instituição de leis fundamentais aos interesses dos senhores feudais, como as referentes à

¹³ Nota-se, aqui, que a figura do povo é substituída pelo magistrado.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 265.

¹⁵ O Império Romano do Oriente, posteriormente designado pelos historiadores de Império Bizantino, subsistiu por quase mil anos, até a Queda de Constantinopla, em 1453.

¹⁶ A invasão bárbara não foi capaz de extinguir a prática da adoção, muito embora tenha persistido com escopo diverso do original. Os guerreiros a utilizavam motivados pelo desejo de verem seus feitos de batalha perpetuados na pessoa do adotado.

¹⁷ A Era Justiniana (527-565) assinalou o período do reinado de Justiniano no Império Bizantino. No campo da adoção cf. Washington de Barros: “Justiniano simplificou o instituto: bastava que os dois pais de família (adotante e pai natural) comparecessem perante o magistrado, levando consigo o filho adotivo. Perante aquele se lavrava então o ato de adoção” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 265).

¹⁸ SANCHOTENE, Paulo Roberto Tellechea. Justiniano I, o legislador. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 3, Nov. 2009. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n3/a4.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

¹⁹ VENOSA, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 6ª ed. 2006. p. 254.

transmissão *iure sanguinis* dos títulos nobiliárquicos.”²⁰ De outra monta, sob o jugo do direito canônico, a filiação adotiva passou a ser encarada com reservas, haja vista contrariar o princípio cristão que condicionava a constituição da família à finalidade única de procriação, assentada no sacramento do matrimônio. Para a ala sacerdotal, seria uma forma de reconhecer filhos adúlteros e incestuosos, e de desestimular a concepção da prole legítima.

A adoção seguiu esquecida, até ressurgir na Idade Moderna, tendo sido regulada no Código Dinamarquês de 1683, no Código Prussiano de 1751, o qual influenciou a matéria do Código Napoleônico de 1804, e no Codex Maximilianus da Bavária, de 1756.

Embora de pouca aplicação, em razão da complexidade de suas exigências, o Código Civil francês de 1804, o chamado Código de Napoleão, foi o primeiro a contribuir para que a legitimação adotiva fosse incluída nos sistemas legais subsequentes de diversos países.

No século XX, as dolorosas conseqüências advindas das duas grandes guerras mundiais, com um enorme contingente de infantes que tiveram suas famílias dizimadas, foram circunstâncias que causaram a comoção da opinião pública e dos legisladores. Neste ínterim, permitiu a adoção a composição de um novo núcleo familiar afetivo a órfãos e abandonados.²¹

Na atualidade, com maior ou menor amplitude, o instituto assume uma relevância jurídico-social considerável, sendo admitido em quase todas as legislações do mundo.²²

Como se vê, a adoção recebeu o influxo de características e idéias imanentes a cada cultura e momento histórico. Com o tempo, a primitiva inspiração religiosa foi substituída por motivações de ordem política e patrimonial, prevalecendo hoje o seu caráter humanitário, fundado no interesse público de propiciar à relegada infância a oportunidade de inserção em um seio familiar, onde possa ser acalentada, assistida e, principalmente, amada.

²⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 92.

²¹ PINHO, Marco Antônio Garcia de. *Breve histórico dos conceitos de adoção*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 07 fev. 2009.

²² Só não o consagram os Códigos da Holanda, Chile e Argentina.

1.2 ADOÇÃO NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA COM ENFOQUE NA TUTELA DE INTERESSES

1.2.1 Da Origem ao Advento da Lei 4.655/65: Amparo ao Adotante

É incontestável que os fatores econômicos e sociais de um país são determinantes na configuração de seus institutos. De fato, ao analisar as nuances da adoção no cenário pátrio, percebe-se que ela guarda relação com o processo histórico de concentração de renda e de exclusão social, inobstante tenha inicialmente se contextualizado como um reflexo do direito português.

Foi assim que, introduzida no país pelos colonizadores portugueses, a situação do “filho de criação” figurou, durante muito tempo, como um misto de criação e serviçal. Nas palavras de Figueirêdo “este modelo familiar garantia que crianças órfãs ou abandonadas sempre tivessem teto, embora em posição de inferioridade frente aos filhos legítimos.”²³

Reportando-nos ao Direito pré-codificado, mesmo não havendo qualquer sistematização do instituto, faziam-lhe as Ordenações Filipinas inúmeras referências.²⁴ Depois, o tema é abordado na Nova Consolidação das Leis Civis, ainda que superficialmente.²⁵

Com a promulgação do Código Civil de 1916, a matéria passou a ser disciplinada no capítulo V, Título V – Das relações de parentescos – e distribuída entre os artigos 368 a 378. A formalização do ato era levada a efeito mediante escritura pública, averbado na circunscrição competente de Registro Civil, não sendo possível submetê-lo a termo ou condição. Todavia, não era preciso escritura especialmente lavrada para constituí-lo, nem se reclamavam palavras sacramentais. Bastava que o adotante manifestasse, perante tabelião, que tinha por filho adotivo a pessoa do adotado.

Naquele regime, no que tange à figura do adotante, a adoção era permitida somente

²³ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p.29.

²⁴ BEVILÁQUIA, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 330.

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 336.

aos maiores de cinquenta anos, sem filhos naturais²⁶, devendo ter, pelo menos, dezoito anos a mais do que o adotado. Igualmente o tutor ou curador poderiam, após prestar contas da administração dos bens do pupilo ou do curatelado, adotá-lo. Ademais, só se admitia a adoção conjunta na constância do casamento. Em havendo a separação judicial, desaparecia a possibilidade.

De outra banda, o antigo diploma pouco dispunha acerca do adotado²⁷, só o fazendo ao denominar de **simples** (grifo do autor) a adoção tanto de maiores como de menores²⁸, e ao demandar, em sendo absolutamente incapaz, o consentimento e a intervenção de seu respectivo representante legal. Entretanto, a esses adotados *alieni jûris* era facultado o direito de se desligarem da adoção no ano imediato ao que cessasse a interdição, ou a menoridade. Por seu turno, a anuência do adotado maior e capaz, em que pese o Código não lhe fazer expressa menção, sempre se subentendeu.²⁹ Inclusive, já havia orientação jurisprudencial no sentido de que, feita a adoção de pessoa maior, poderia esta posteriormente manifestar sua aquiescência por atos inequívocos.

Insta destacar que o parentesco civil advindo da filiação adotiva se circunscrevia ao adotante e ao adotado, não se apagando jamais os indícios de como havia se constituído.³⁰ Portanto, não se estendia aos ascendentes ou colaterais do primeiro, de forma que o adotado permanecia vinculado juridicamente à sua família consanguínea³¹, inclusive mantendo os mesmos direitos e deveres decorrentes de tal relação.

De fato, nos termos do art. 378 “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.” Isso significava, por exemplo, que o pai biológico poderia prover a

²⁶ Vislumbram-se resquícios da antiga concepção romana de adoção, vez que, para proporcionar filhos, ficticiamente, a quem a natureza havia recusado, a lei daquela sociedade também lhe estipulava a condição de não ter descendentes.

²⁷ Tal descaso demonstra que a adoção, à época, não buscou tutelar os interesses do adotado, como hodiernamente determina a lei pátria; foi de encontro tão somente aos anseios daqueles biologicamente impedidos de procriar, possibilitando-lhes a oportunidade de constituir uma prole.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 384.

²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pg. 268.

³⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 338.

³¹ Cumpre observar mais uma vez que o instituto deita suas raízes no Direito Romano, posto que tal aspecto, o de preservar os vínculos naturais, também se fazia presente na chamada ‘adoção menos plena’, já esboçada alhures.

manutenção do adotado, caso o pai adotante não pudesse supri-la. Essa previsão suscitou dúvidas no campo sucessório: os descendentes do adotado teriam direito à herança do adotante na hipótese do genitor já ter falecido? O tema não foi pacificado em sede doutrinária e jurisprudencial, e apenas legislação posterior poderia desembaraçá-lo.

Aliás, no que toca à sucessão hereditária, o primitivo Código consignou a paridade entre filhos adotivos e legítimos, mas não de forma plena, visto que os primeiros só teriam direito integral à herança se não concorressem com filhos do adotante supervenientes à adoção. Em isso acontecendo, tocar-lhe-ia apenas metade da herança cabível a cada um destes.³²

A primeira importante modificação trazida pelo legislador brasileiro, no campo da adoção, ocorreu com a Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957, que conferiu nova redação aos artigos 368, 369, 372, 374 e 377, do revogado Estatuto Civil. No que se refere aos requisitos, abreviou para trinta anos a idade mínima para adotar, conforme anunciou o artigo 368, reduzindo também a diferença de idade entre adotante e adotado para dezesseis anos – artigo 369. Quanto aos casais candidatos à adoção, suprimiu a necessidade da inexistência de prole, acrescentando apenas a exigência de comprovação de estabilidade conjugal por um período mínimo de cinco anos, contados da celebração do casamento. Assim, possuindo ou não filhos, sendo mais velho dezesseis anos que o adotado e contando com, no mínimo, trinta anos de idade à data do procedimento, o solteiro estava apto a adotar; o casal, porém, observadas essas determinações legais, teria que aguardar, a partir da realização do matrimônio, o transcurso do quinquênio.

Ainda, o documento legislativo aludiu expressamente ao assentimento do adotado maior e capaz, alterando o artigo 372, e previu mais duas formas de revogação da filiação adotiva, que poderia ser dissolvida de forma unilateral, nas hipóteses em que a deserdação era cabível, ou bilateralmente, quando as duas partes conviessem desfazer o liame – artigo 374, I e II. A ruptura unilateral era promovida em juízo, por meio de ação ordinária, na qual se demonstrava a existência de algum dos casos ensejadores da deserdação, enquanto a amigável efetivava-se através de escritura pública.

³² CC 1916, art.1.605 “Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos (...) §2º. Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm> >. Acesso em: 18 mar. 2010.

Embora a referida lei permitisse a adoção por casais que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não equiparava a estes os adotivos, uma vez que, segundo prescrevia o art. 377, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária. A situação, portanto, era a seguinte: caso o adotado fosse o único descendente, herdaria como tal; se, porém, concorresse com filhos biológicos existentes antes da adoção, nada herdaria; e em sobrevivendo prole após a adoção, mantinha-se a regra do art. 1.605. Nessa oportunidade, elucida MONTEIRO:

Certamente, bem inspirado não andou o legislador pátrio, pois, agravando desigual tratamento já dispensado pelo Código Civil, veio ressaltar ainda mais sua preocupação pelo aspecto patrimonial da relação jurídica. A situação tornou-se esta: para efeitos familiares e sentimentais, o adotivo é filho; não o será, todavia, para efeitos hereditários e patrimoniais, havendo filhos de sangue.³³

De outra monta, as exigências legais muito severas e a impossibilidade de integração absoluta do adotado na família adotante, haja vista a continuação dos vínculos com sua família de origem, estimularam o que se convencionou “adoção simulada” ou “adoção à brasileira”. Trata-se de prática, criminosa até, de se registrar filho alheio, recém-nascido, como próprio, de comum acordo com a mãe. Embora tal fato constitua, em tese, uma das modalidades do delito de falsidade ideológica, na esfera penal o comportamento irregular não ensejava punição, em face da inexistência de dolo específico. A tendência jurisprudencial em julgar válida a adoção exteriorizada no registro de nascimento do adotado feito pelo adotante e absolver os indigitados falsificadores inspira-se certamente na índole benéfica do ato, a ser prestigiada e não desfavorecida.³⁴

A segunda mudança significativa sobreveio com a Lei nº 4.655/65, que pela primeira vez positivou a situação da criança exposta³⁵, incorporando o instituto da legitimação adotiva como meio hábil a adotá-la.

³³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 273.

³⁴ *Ibid.*, p. 269.

³⁵ Filhos de pais desconhecidos ou que hajam declarado por escrito a possibilidade de serem dados, independentemente da idade, bem como os menores abandonados de até sete anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder.

A nova modalidade só era deferida aos casais sem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, mediante comprovação da estabilidade conjugal por um período de cinco anos, e da esterilidade, por perícia médica, de um dos cônjuges, este contando com idade superior a trinta anos. Exigia um estágio de convivência de, no mínimo, três anos com o menor. Crianças abandonadas e as não reclamadas por qualquer parente por mais de um ano só seriam colocadas em família substituta até os sete anos de idade, sendo, contudo, tal medida permitida, se à época em que a houvessem atingido, já se encontrassem sob a guarda dos requerentes. Nos demais casos, o critério da idade era dispensado.

O Poder Judiciário e o Ministério Público passaram a intervir no feito, que agora tinha caráter irrevogável. Finalmente se consubstanciou a extensão do vínculo adotivo à família dos legitimantes, conquanto não efetuada de forma automática, haja vista depender da anuência de seus ascendentes. A legitimação adotiva, portanto, extinguiu completamente a relação de parentesco do adotado com sua família de origem, bem como os direitos e deveres dela advindos, de modo que, o novo liame era contíguo ao biológico.³⁶

Ademais, se equiparou o legitimado adotivo em direitos e obrigações ao filho legítimo, “(...) salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção”³⁷. Seguiu, pois, a mesma linha dos diplomas anteriores.

Analisando a trajetória supra delineada, infere-se que, inobstante o instituto tenha avançado significativamente ao impor menos entraves aos pretendentes à adoção, facilitando sobremaneira sua aplicação, no que atine à sucessão hereditária, continuou a imprimir diferenças entre o filho adotivo e o biológico, quando teve a oportunidade de aboli-las.

1.2.2 Do Código de Menores à Atual Disciplina: Proteção Integral ao Adotando

A designação jurídica do instituto da legitimação adotiva não se mostrou imune às críticas, uma vez que, embora tenha se revelado compatível com um novo significado dado ao

³⁶ Cf. Silvio Rodrigues: “Tratava-se de instituto que tirava algo da adoção e algo da legitimação, pois, como naquela, estabelecia um liame de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotante e adotado, e, como na legitimação, esse parentesco era igual ao que liga o pai ao filho consanguíneo” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 337).

³⁷ Disponível em: < <http://legislegis.blogspot.com/2007/10/lei-n-465565-da-legitimidade-adotiva.html> >. Acesso em: 25 mar. 2010.

vocábulo “legitimação”, qual seja, o de atribuir ao filho recebido por adoção uma condição equivalente à legitimidade, na acepção conferida pelo legislador pátrio, “legitimidade é o *status* do filho concebido na constância do casamento, sem recurso a qualquer ficção jurídica”³⁸, o que não ocorre com o novo instituto.

Inclinado a modificar tal qualificação, veio a lume, em 10 de Outubro de 1979, o chamado Código de Menores (Lei nº 6.697), o qual, entre outras mudanças, revogou expressamente a Lei nº 4.655/65, abolindo a legitimação adotiva, e estabeleceu à época duas espécies de adoção: a simples, regida pelo Código Civil, e a plena, regulada pelo mesmo, interpretada pela doutrina como uma versão “moderna” da legitimação adotiva.

Pela adoção plena, o nome dos ascendentes dos adotantes passava a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expreso³⁹. Destarte, revestia-se a adoção plena “do alto mérito de proporcionar a integração da criança ou do jovem à família adotiva”⁴⁰, atribuindo-lhes de modo definitivo o *status* de filho.

De forma inédita, regulamentou-se a situação irregular do menor - teoria da situação irregular -, com elenco de suas hipóteses, bem como se deslocou a figura dos adotantes do eixo tutelar, passando-se a privilegiar integralmente o adotado.

Neste quadrante, Rosângela de Moraes Souza corrobora:

O art. 5º do Código de Menores preceituou que a proteção aos interesses dos menores sobrelevaria qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Desta forma, concluiu-se que o legislador deixou de se preocupar com o bem-estar dos adotantes, como no princípio se fazia, para voltar a lei no (sic) interesse do adotado, favorecendo-o naquilo que fosse possível.⁴¹

Assim, com o ingresso do Código de Menores no ordenamento jurídico nacional,

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 390.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 384.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 391.

⁴¹ SOUZA, Rosângela de Moraes. Evolução histórica da adoção. *Revista Humanidades*, nº 27, 1992. p. 46.

pôde-se observar um substancial progresso no tratamento do tema, de modo que suas premissas alicerçaram o que mais tarde viria a norma constitucional consagrar.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, eliminou a classificação doutrinária que havia sobre a filiação ao deferir idênticos direitos e qualificações aos filhos, vedando, pois, quaisquer designações discriminatórias em face do filho adotivo, ainda que se trate de adoção de maiores⁴² ou levada a efeito antes de sua vigência.

Em 13 de julho de 1990, surge em nosso tecido jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069 -, que revogou o Código de Menores, extirpando a distinção entre adoção simples e adoção plena, e passou a regulamentar a adoção dos menores de dezoito anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios.

Considerada uma das leis mais modernas do mundo no que se refere à infância e à juventude, o ECA não só adotou a orientação principiológica da Constituição Federal, como seguiu a tendência internacional traduzida na Declaração dos Direitos da Criança e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, reconhecendo-as como titulares de interesses juridicamente protegidos.

O Código menorista inseriu em seu corpo normativo a Doutrina Jurídica da Proteção Integral à criança e ao adolescente, indicada pela comunidade estrangeira como a mais apropriada para orbitar a esfera infanto-juvenil, confirmando o que o Código de Menores já fazia: resguardar, acima de tudo, o interesse e o bem-estar da criança e do adolescente⁴³. Ainda, propôs um sistema de inscrição integrado, aproximando infantes disponibilizados à adoção aos pretendentes à maternidade/paternidade ficta, a teor do que dispõe o art. 50 “A autoridade judiciária manterá em cada Comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.”

A adoção consubstanciada nos revogados diplomas desconhecia o sistema cadastral, de sorte que, a única via de acesso legal ao instituto era aquela vinculada ao desejo de adotar um indivíduo específico. Era a chamada adoção *intuitu persona*. As circunstâncias eram variadas: crianças abandonadas, ou abrigadas em instituições, ou mesmo entregues

⁴² A doutrina levantou tal questionamento, haja vista a norma estar inserida no dispositivo constitucional que trata de crianças e adolescentes.

⁴³ O ECA define a criança e o adolescente nos termos do artigo 2º: “Consideram-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

diretamente pelos genitores (adoção combinada ou entrega direta), encontravam nos pretensos adotantes uma chance de serem acolhidas como membro da família.

Deste modo, com a entrada em vigor do ECA, a corriqueira forma de adoção *intuitu persona*, gênero do qual a adoção combinada é espécie, passou a coexistir com a prévia inscrição em cadastro de pretendentes à adoção.

Por outro lado, delineadas estavam as distinções entre a adoção dos maiores de dezoito anos, regulada pelo Código Civil, e a dos menores, prevista pelo novo regramento infraconstitucional, cada qual com seus caracteres e efeitos.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil – Lei 10.406/2002 –, o principal questionamento que se instaura atine à subsistência das regras e critérios constantes no ECA. Mas, como é sabido, devem-se ter por revogados, em face da omissão de nova legislação, apenas os dispositivos que com ela se mostrem incompatíveis, de sorte que, a orientação estabelecida pelo Estatuto é mantida.

Em sede doutrinária, havia segmentos que, levando em consideração a revogação do Código Civil de 1916, dividiram a adoção em civil e estatutária. Entretanto, adjetivações não devem prosperar, uma vez que tanto a adoção de adultos como a de crianças e adolescentes revestem-se das mesmas formalidades, características e efeitos, devendo ambas ser chamadas simplesmente de “adoção”.

Em que pese o Diploma Civil ter reprisado, na quase-totalidade, ou com algumas mudanças de redação, os vários artigos da legislação menorista, a adoção por ele projetada munuiu-se de inovações, dentre as quais se destacam: a alteração da idade mínima para adotar, que passou de 21 anos (art. 42 do ECA) para 18 anos (art. 1.618 do CC); a revogabilidade do consentimento dos pais ou representante legal até a publicação da sentença constitutiva da adoção (art. 1.621, § 2º do CC); a extinção da forma simplificada de adoção (por escritura pública – art. 375, CC/1916), reclamando processo judicial com “assistência efetiva do Poder Público” e “sentença constitutiva”(art. 1.623, parágrafo único do CC); e o ressurgimento da famigerada condição de “infante exposto” (art. 1.624 do CC). De outra baila, desconsiderou totalmente o instrumento cadastral por ela previsto.

Diante desse panorama, ainda que o Estatuto tenha previsto como medida obrigatória o cadastro de adotantes e de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, e excepcionado a adoção combinada, esta continuou a figurar como prática comum, porquanto

consistia no meio mais fácil e célere de se firmar a filiação adotiva. De fato, bastava ao interessado comparecer ao Juizado da Infância e Juventude com a criança angariada para que o juiz homologasse a sua vontade e preterisse pessoas habilitadas e aptas à adoção.

Todavia, na entrega direta o risco de comércio era grande. Não raro havia o tráfico e a intermediação de crianças baseada na “troca de favores” ou objetivando vantagens pecuniárias, o que é expressamente combatido pela legislação menorista.

Assim, buscando dar efetividade aos comandos consagrados pelo Estatuto, e tendo em vista a cogência da implantação do aparelho cadastral como forma de coibir tais práticas, o decorre também do dever de prevenção insculpido no art. 70, é sancionada nova Lei de Adoção - Lei nº 12.010/2009, atual disciplina do instituto, cujas principais diretrizes serão objeto de ulterior análise.

1.3 ELUCIDAÇÕES CONCEITUAIS, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE.

Em decorrência da multiplicidade de querelas e discussões acerca do tema, o instituto vem assumindo, nos últimos tempos, uma infinidade de acepções.

De fato, definir algo que, conforme debruçado, evoluiu de acordo com as condições socioculturais, políticas, econômicas e éticas de cada época, adquirindo feições diversas, consiste em tarefa de rebuscado labor, porquanto

Os conceitos jurídicos são formulados a partir de um sistema de normas determinadas incidentes sobre certo instituto, considerando a produção de certos efeitos. Não é diferente com a adoção. O conjunto orgânico de regras aplicáveis, formando uma unidade, é que caracteriza o seu regime jurídico. Sendo variável o regime jurídico nas várias ordens jurídicas, por consectário, variados, também, são os conceitos de adoção⁴⁴

⁴⁴

FILHO, Artur Marques da Silva. *Adoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 55.

De qualquer modo, conquanto não haja consenso quanto à sua definição e natureza jurídica, todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fictio iuris*, posto que inegavelmente cria o parentesco civil.

A propósito, cumpre lembrar que ou o estado de filiação decorre de um fato, o nascimento, ou de um ato jurídico, a adoção. Nesses termos, a adoção, em sua acepção jurídica, corresponde a um ato jurídico bilateral, solene e complexo, através do qual se instituem “laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistem naturalmente.”⁴⁵

Nas palavras de Venosa, constitui “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”⁴⁶. Todavia, o enunciado se afigura infeliz, na medida em que denota certo preconceito ao remeter a idéia de que se é uma imitação, logo, não é verdadeiro.

Orlando Soares ilustra a adoção como sendo “o ato civil solene, pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho, mediante determinadas formalidades legais”⁴⁷. No mesmo norte se direcionam os juristas Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário e Clóvis Beviláqua. Contudo, pondere-se que a iniciativa do ato advém do adotante, de modo que o vocábulo “aceita” não reflete bem o seu comportamento. A título de elucidação, convém transcrever o entendimento de Maria Helena Diniz:

Adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, **trazendo** (grifo nosso) para a sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.⁴⁸

Merece registro a definição proposta por Maria Berenice, pela qual a adoção configura “um **ato jurídico** (grifo do autor) em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”⁴⁹.

⁴⁵ WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 295.

⁴⁷ SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 463.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 483.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

Por seu turno, em sua mais recente definição legal, incluída pela Lei 12.010/09 - Lei Nacional de Adoção – a adoção constitui medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 30, § 2º).

Ainda que explorem suas razões legais, os conceitos até aqui explanados representam apenas uma face do instituto, reduzindo-o ao conteúdo jurídico expresso e esterilizado na letra da lei, além de olvidar elementos atualmente tidos como primordiais, como a solidariedade e o afeto. Logo, “repetir, como a maioria, que a adoção é uma ficção legal, ou jurídica, tanto da paternidade/maternidade como da filiação, implica negar-lhe os aspectos éticos que nela se fazem presentes”.⁵⁰

Neste ponto, oportuno trazer à baila a redação de Marmitt, que mais se coaduna à concepção de “adoção moderna”:

Não se trata de mero contrato, mas de um ato jurídico, de um ato-condição, que transforma a situação do adotado, tornando-o filho de quem não é seu pai, com toda a gama de direitos e deveres que tal ato gera, e cujos efeitos decorrem da lei, não das partes, que não poderão alterá-los. Pelo relevante conteúdo humano e social que encerra, a adoção muitas vezes é um verdadeiro ato de amor, tal como o casamento, não simples contrato.⁵¹

Logo, é elementar no seu atual conceito a preservação do bem estar do adotando, o que se manifesta de maneira inescandível quando a lei proclama só se deferir a adoção quando apresentar reais vantagens e fundar-se em motivos legítimos.

Em seu hodierno estágio evolutivo, a adoção inclina-se a proteger, acima de tudo, o adotando, “familiarizando-o no lar de uma nova família, adaptando-o a uma nova ambiência familiar e igualizando-o em tudo a um filho legítimo do adotante, com todas as implicações humanas, legais e sociais pertinentes.⁵² A finalidade precípua é, pois, conseguir uma família para uma criança, e não o contrário.

No que tange à sua natureza jurídica, dividem-se as correntes em contratualista,

⁵⁰ FILHO, Waldyr Grisard. *Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?* Disponível em < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf > Acesso em: 25 mar. 2010.

⁵¹ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 07.

⁵² *Ibid.*, p. 10.

publicista, ou mista. A primeira atribui o caráter contratual da adoção à sua bilateralidade⁵³. Gomes de Castro Eduardo Espínola, Euvaldo Luz, entre outros, figuram como expoentes desta vertente. Ora, não obstante a adoção se aperfeiçoe mediante a manifestação volitiva das partes, a ser homologada pela autoridade judiciária, não se pode dizê-la um contrato, visto que desprovida de qualquer conteúdo econômico ou privatista. O menor situa-se no lugar de sujeito e não de objeto de direito.

Ao revés, para os que defendem a segunda posição, atualmente a majoritária⁵⁴, a adoção figura como instituto de ordem pública. A vontade das partes constitui mero requisito para o deferimento da adoção. Com efeito, a Constituição Federal impõe, em seu artigo 227, § 5º, que o Estado assistirá a adoção, na forma da lei, revelando, pois, que a matéria escapa da simples apreciação juscivilista.

Por fim, a última corrente sustenta que a adoção comporta natureza híbrida, indicando dois momentos distintos quanto à sua composição: o primeiro, quando há a convergência de interesses entre as partes, prevalecendo, pois, o direito privado, e o segundo, quando, na decisão judicial que lhe confere institucionalidade acha-se embutido o direito público.

É possível, pois, concluir que a perspectiva da adoção foi alterada substancialmente. O enfoque dado à infância e juventude em muito contribuiu para que o escopo do instituto alcançasse não só a satisfatividade dos interesses do adotante, mas, sobretudo da criança, que, por algum motivo, se viu tolhida do seu direito a uma convivência familiar. Daí o seu nítido conteúdo de inclusão social.

Hoje, pode-se afirmar que a verdadeira essência do instituto é eminentemente assistencial, encontrando seu próprio centro de gravidade na tutela dos interesses fundamentais do menor, cuja proteção é priorizada em detrimento de qualquer outro fator que envolva a medida, inclusive a necessidade de satisfazer o instinto materno-paternal dos que não podem constituir prole.

⁵³ Decerto que tal proposição se aplica à antiga adoção cuja forma era a escritura pública, onde a vontade dos contraentes efetivamente tinha valor preponderante.

⁵⁴ Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Maria Berenice Dias, Sílvio Rodrigues, Arnaldo Marmitt, entre outros.

1.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES

O Estatuto da Criança e do Adolescente importou da Constituição Federal de 1988 as bases delineadoras do instituto da adoção. Com efeito, a consagração do princípio da proteção integral encontrou no vínculo jurídico da adoção um reflexo especial da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, consubstanciada no artigo 227 da Carta Magna.⁵⁵

Assim, seguindo as diretrizes constitucionais, o ECA assegura uma série de direitos basilares à criança e ao adolescente, entre eles, o direito a um lar e uma convivência familiar, seja esta natural ou substituta. Isto porque são considerados sujeitos titulares de Direitos Fundamentais em peculiar processo de formação, e, portanto, merecem ampla e especial proteção do Estado, da família, e da comunidade em geral, o que se extrai das normas protetivas a seguir transcritas:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O dispositivo constitucional encerra ainda dois outros princípios informadores da adoção, quais sejam, o da fiscalização pelo poder público⁵⁶, e o da igualdade jurídica entre os

⁵⁵ CF, art. 227, *caput*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁵⁶ CF, art. 227, § 5º: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.”

filhos⁵⁷, este vedando qualquer espécie de discriminação em relação ao filho adotivo, equiparando-o em direitos e garantias ao filho biológico.

Ademais, o Decreto 99.710/90, que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, introduziu o princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico brasileiro. Por determinação da referida Convenção, em todas as questões que envolvam crianças e adolescentes, sejam estas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas, por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o interesse do menor é superior a qualquer outro.

O ECA confirma o preceito ao enunciar em seu artigo 6º que “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, **e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento** (grifo nosso)”.

Frise-se que, na adoção, a observância do princípio do melhor interesse não atende a critérios únicos e objetivos. É bem verdade que tal disposição constitui-se em um conceito normativo aberto, o que torna sua aplicação eminentemente subjetiva, ficando a discernimento do julgador aferir, no caso concreto, se a inserção da criança ou do adolescente em família substituta irá de encontro às suas necessidades básicas, de modo a garantir seu bem-estar e seu desenvolvimento como pessoa. Destarte, se evidenciados o suporte emocional, moral e financeiro dos pretensos pais e a qualidade das relações afetivas na adaptação ao novo grupo familiar, restará atendido o superior interesse do menor.

1.5 PROCEDIMENTO JUDICIAL DA ADOÇÃO

1.5.1 Da Competência

Segundo Humberto Theodoro Júnior, competência é o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.⁵⁸

Tais critérios levam em conta a divisão do espaço territorial em circunscrições

⁵⁷ CF, art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153.

judiciárias (competência territorial ou de foro), a hierarquia dos órgãos jurisdicionais (competência funcional), a natureza da relação jurídica substancial litigiosa (competência em razão da matéria), o valor das causas (competência em razão do valor da causa) e a qualidade dos sujeitos envolvidos no litígio (competência em razão da pessoa).

Em nosso sistema judiciário, é o direito material controvertido que determina, inicialmente, a distribuição de competência entre as várias Justiças. Passada esta fase, a fixação do órgão judicante competente procederá mediante o critério territorial, que, no caso específico da adoção de crianças e adolescentes, será orientada pelo princípio do juízo imediato, uma vez que melhor atende aos ditames do ECA para a outorga de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Logo, o juízo competente é o de onde se encontra o adotando ou seus representantes legais.

Ainda é possível a distribuição interna do foro, denominada de *competência de juiz*, onde se verifica a subdivisão em varas especializadas. Assim, por exemplo, nas comarcas onde exista vara especializada da Infância e Juventude, é a ela que caberá conhecer dos pedidos de adoção.⁵⁹ Contudo, tal não se observará em outras, em razão do que determina o artigo 91 do Código de Processo Civil, *ipsis literis* “regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código”, no que é secundado pela Lei 8.069/90 em artigo 146: “A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local”.

Insta mencionar que, em Natal, a lei de organização judiciária local institui a competência da vara especializada da Infância e Juventude para processar os pleitos de adoção, independentemente de litígio.

⁵⁹ ECA, Art. 145: “Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.”

1.5.2 Da Legitimidade

A adoção é ato pessoal do adotante, já que a lei a veda por procuração. Qualquer sujeito maior de dezoito anos, independentemente de estado civil, tem capacidade e legitimidade para adotar.

É permitido aos divorciados, aos judicialmente separados, bem como aos ex-companheiros que adotem conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha estreado à época em que o par ainda convivia, e que se evidencie a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, a justificar a excepcionalidade da concessão.

Destaque-se também a possibilidade de a pessoa casada ou que viva em união estável adotar o(s) filho(s) do consorte, ou companheiro, sem, contudo, afetar o liame de parentesco com seus ascendentes consangüíneos. O infante permanecerá registrado em nome do pai ou da mãe biológica e será procedido ao registro do adotante.

É a chamada Adoção Unilateral, que, para Maria Berenice Dias “trata-se de forma especial de adoção, com caráter híbrido, haja vista permitir a substituição de apenas um dos genitores e respectiva ascendência.”⁶⁰ Portanto, “legaliza uma real situação de substituição do genitor faltante, sem pretender retirar ao pai ou mãe biológica o pleno exercício do poder familiar.”⁶¹

O Estatuto admite ainda a adoção *post mortem*, aquela “deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença” (ECA, artigo 42, § 6º). A idéia subjacente à norma é a de que a adoção só não se aperfeiçoou em virtude da morte do adotante. Neste caso, os efeitos da sentença retroagem à data do óbito.

⁶⁰ A autora ainda identifica três possibilidades para a ocorrência da adoção unilateral: (a) quando o adotando foi reconhecido apenas por um dos genitores, que expressamente autoriza a adoção por seu cônjuge ou companheiro; (b) quando o adotando foi reconhecido por ambos os genitores, hipótese em que, ao consentir um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; e (c) quando tenha falecido o pai ou a mãe biológica (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 391).

⁶¹ FILHO, Waldyr Grisard. *Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?* Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf> Acesso em: 25 mar. 2010.

Entretanto, o entendimento da jurisprudência pátria se firma no sentido de deferir a adoção mesmo antes de inaugurado o procedimento judicial, afastando, portanto, tal condição. Basta que o vínculo socioafetivo já tenha se estabelecido, aliado isso à comprovação da inequívoca manifestação de vontade do adotante.

A única vedação existente é a de ascendentes⁶² e irmãos – unilaterais ou bilaterais – adotarem (ECA, art. 42, § 1). No que toca aos primeiros, a regra proibitiva talvez se justifique na premissa de que o ato poderá afetar a legítima de herdeiro necessário mais próximo, tal como o filho. Explique-se. Para todos os efeitos, o neto adotado concorrerá com seu próprio pai, na sucessão do avô.

A título de exemplo, em havendo desavença entre pai e filho, aquele, para prejudicar o último, adotaria o neto, gratificando-o em seu testamento com a quota disponível. Assim, o neto herdaria a quota disponível por força do testamento e a metade da legítima em face da posição de filho. Por sua vez, não se vê razão prática para a proibição de adoção por irmãos.⁶³

Como o vínculo de parentesco se estende à união estável, o impedimento também alcança os conviventes, mesmo depois de desfeita a união. Mas, quanto aos irmãos, a restrição só existirá enquanto persistir o vínculo. Por fim, não há qualquer óbice à adoção por parentes colaterais de terceiro e quarto graus.⁶⁴

Seguindo tradição antiga, o tutor e o curador não podem adotar o pupilo ou o curatelado enquanto não derem conta de sua administração e saldarem o seu alcance. Fundamental a exigência do ônus na preservação dos interesses dos incapazes, visto que, sem ela, bastaria àqueles adotá-los para que se vissem dispensados do encargo.

⁶² Entretanto, o TJSP permitiu a adoção por avó por afinidade. Cf. “Menor – Adoção – Avó materna por afinidade – Admissibilidade – Desconsideração do impedimento do art. 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Vínculo estritamente pessoal estabelecido pela afinidade – impossibilidade de ampliação de artigo a outras hipóteses por analogia – Adoção deferida – Recurso provido.” (Apelação Cível nº 23.701-0 – Marília – Rel. Lair Loureiro – C. Esp. – v.u. – 9-3-95.)

⁶³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 343.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 388.

1.5.3 Dos Requisitos

De forma geral, os requisitos indispensáveis à concessão de pedidos de colocação em família substituta *lato sensu* estão assim dispostos no ECA:

Art. 165...

I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;

II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;

III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;

V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.⁶⁵

Precisamente posta como uma das três formas de colocação em família substituta, a adoção tem como uma de suas premissas a inexistência ou rompimento dos vínculos com a família natural, e, além dos pressupostos gerais supra referidos, serão observados também os requisitos específicos elencados nos artigos 42, 45 e 46 do ECA.

O primeiro deles diz respeito à capacidade civil do adotante, devendo contar com, no mínimo, 18(dezoito) anos de idade à data da propositura da ação, independentemente do estado civil. Ainda, há de ser pelo menos 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotando. Esta regra repousa na idéia de que se a adoção procura imitar a natureza, necessário se faz estabelecer entre as partes uma diferença etária, que, ordinariamente, as situe em gerações diversas.

No que concerne à adoção conjunta, é imprescindível que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, demonstrando-se a estabilidade familiar.

Outro pressuposto atine à exigência de um período antecedente à adoção, designado estágio de convivência, cujo objetivo consiste em comprovar o grau de compatibilidade entre as partes e a probabilidade de sucesso da medida. Proceder-se-á mediante acompanhamento

⁶⁵

BRASIL, Lei. 8.069/1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

de equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que irão aferir a conveniência do deferimento da medida em relatório minucioso (Artigo 46, § 4º, ECA). Embora seja do livre convencimento do juiz decidir acerca da procedência do pedido, o resultado do estudo psicossocial é de relevância imprescindível, na medida em que “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.⁶⁶

Entretanto, esta fase do processo não será requisitada em já estando o adotando sob a tutela ou guarda legal do requerente durante intervalo de tempo suficiente a possibilitar que se avalie a constituição do vínculo afetivo. Frise-se que a simples guarda de fato não exclui, por si só, a necessidade de realização do estágio de convivência.

Quanto ao prazo de duração do estágio de convivência, este será fixado pela autoridade judiciária conforme as circunstâncias e peculiaridades de cada caso.

Na adoção promovida por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, a ser cumprido no território nacional, será indispensável, e, de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

A concessão da medida reclama ainda o consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar e, no caso de o adotado contar com mais de doze anos, faz-se mister também a sua aquiescência⁶⁷, sendo que nessas situações todos serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações. Por outro lado, a anuência dos pais poderá ser dispensada em virtude de serem estes desconhecidos ou houverem sido destituídos do poder familiar. A discordância dos genitores não impede a adoção. Mas, nessa hipótese, exigir-se-á a sua citação.

Contudo, o imperativo mais relevante para a colocação em família substituta, é que a vontade de adotar dos pretensos pais se firme em motivos legítimos, e possa o adotando obter reais vantagens com a medida, condições estas que se estribam na primazia da Doutrina da Proteção Integral, consagrada pelo ECA.

⁶⁶ Ibid., art. 29.

⁶⁷ Tal determinação finca sua base no art. 12, n. I, da Convenção sobre os Direitos da criança, ratificada pelo Brasil e com força normativa. O preceito impõe que a opinião da criança seja considerada segundo a sua idade e maturidade, devendo ser ouvida em todas as demandas em que seus direitos estejam sendo decididos.

Nesta oportunidade, insta destacar que tais requisitos alcançam não só os pleitos de adoção propriamente ditos, como também os de inscrição de pretendentes, salvo o pressuposto da concordância dos pais ou representantes legais para o último.

Muitas vezes as circunstâncias fáticas não se adequam às exigências legais, embora possam apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Deverá o juiz, no caso concreto, sopesá-las conforme o seu arbítrio, sempre atentando para a relevância da medida e para o princípio do melhor interesse do menor, os quais autorizam flexibilizar os rígidos pressupostos da adoção.

1.5.4 Efeitos

O que efetivamente constitui o vínculo adotivo, para os efeitos legais, é a sentença judicial. Afigura-se, pois, de natureza constitutiva, produzindo efeitos a partir de seu trânsito em julgado, exceto na adoção *post mortem*, que disporá de efeito retroativo à data do óbito.

Transitada em julgado, a sentença será devidamente inscrita no Cartório de Registro Civil competente, mediante mandado judicial. Cancelar-se-á o registro original e nenhuma observação ou referência acerca da origem do ato poderá constar na certidão do registro. Esta consignará os nomes dos adotantes como pais, bem como de seus ascendentes.

A adoção confere ao adotado o sobrenome do adotante, e, numa exceção à regra da imutabilidade do prenome, poderá determinar também a sua modificação, se menor o adotando, a pedido deste ou dos adotantes.

Diferentemente do que previa o Diploma Civil de 1916, hoje a adoção é munida de definitividade, na medida em que estabelece um vínculo perene e irrevogável entre as figuras do adotante e adotado. A legislação estatutária foi tão categórica quanto à sua irrevogabilidade, que estatuiu que nem mesmo o óbito dos adotantes restabeleceria o elo entre os pais consangüíneos e o adotado.

Nota-se que a adoção, nos termos em que se encontra estruturada, promove a integração completa do adotando à família do adotante, com os mesmos direitos e deveres

resultantes da filiação, inclusive sucessórios, desligando-o, em definitivo, de seus parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. Neste caso, o adotado sofrerá duplo impedimento matrimonial, um em relação à família biológica e outro em relação à nova família adotiva, pelos mesmos motivos éticos dos impedimentos advindos da consanguinidade.

Em suma, por tudo o que foi acima exposto, tem a adoção o condão de produzir efeitos tanto de ordem pessoal (nome, parentesco e poder familiar) como de ordem patrimonial (direito a alimentos, à sucessão), efeitos que são atribuíveis a qualquer vínculo familiar, seja ele constituído naturalmente, ou não.

1.6 INOVAÇÕES ADVINDAS DA LEI 12.010/09

A atual disciplina do instituto traça novos parâmetros e diretrizes, que, em apertada síntese, estão abaixo indicados⁶⁸:

a) Cria e implementa cadastros estaduais e nacional junto ao juízo da infância e da juventude, com fins de facilitar o encontro de crianças e adolescentes aptas à adoção e os pretendentes habilitados⁶⁹. Como já visto, o sistema pretende impedir uma prática que se banalizou no país: a adoção direta ou combinada, em que os pais biológicos escolhem a quem entregar o filho, sendo depois a situação oficializada. Predominante nos juizados, esse sistema individual, da vontade dos genitores, é rechaçado pela nova lei. Portanto, a intenção de adotar o filho de um vizinho, por exemplo, não mais existe: a partir de agora, os pretensos adotantes e os menores terão de ingressar na fila. Há quem entenda, entretanto, que o rigor exigido pela nova sistemática irá fomentar as adoções irregulares.

b) Impõe a obrigatoriedade de preparação psicossocial e jurídica aos candidatos à

⁶⁸ Disponível em: < <http://www.forumjuridico.org/topic/8019-nova-lei-de-adocao-aspectos-relevantes/>> Acesso em: 12 de Abril de 2010.

⁶⁹ A prévia inscrição no cadastro só não será observada quando se tratar de pedido de adoção unilateral, se formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade, ou quando proveniente de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, e desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do ECA (Art. 50, § 13, incisos I, II e III do ECA).

adoção, de modo a esclarecer sobre o significado da medida e promover a adoção de crianças cujo perfil não se encaixa ao desejado (mais velhas, com problemas de saúde, indígenas, negras, pardas, e amarelas).⁷⁰ O procedimento era adotado por alguns juízes, mas não havia regra;

c) Traz o conceito de família extensa (ou ampliada), de modo que devam ser esgotadas todas as tentativas de manutenção da criança ou adolescente em sua família natural (primos, tios, cunhados). Entretanto, esta só terá prioridade na adoção se restarem comprovados o convívio e os estreitos vínculos de afinidade e afetividade com o pretense adotando;

d) Na adoção conjunta, ou seja, aquela pleiteada por casal, é imperioso que ambos sejam civilmente casados ou mantenham união estável;

e) Irmãos não mais poderão ser separados. As novas regras tornam clara a necessidade de manter irmãos unidos sob responsabilidade de uma mesma família, o que já era lavado a efeito por muitos juízes;

f) O poder público deverá prestar assistência psicológica e jurídica às gestantes ou mães que queiram entregar seus filhos para adoção, devendo ser encaminhadas à Justiça da Infância e Juventude;

g) Estabelece também como medida protetiva a figura do acolhimento familiar, mediante o qual uma determinada família acolhe, em caráter provisório, uma criança ou adolescente desprovido de família natural;

h) Será indispensável a oitiva em audiência de crianças maiores de 12 anos;

i) Antes, o Juiz só justificava e fundamentava a entrada e a saída dos menores nos abrigos. Agora, a reavaliação judicial da situação de crianças e adolescentes em unidades de acolhimento institucional é realizada a cada seis meses, limitando em dois anos o prazo máximo de permanência, salvo exceções. Na opinião de especialistas, as alternativas para conseguir cumprir o limite de tempo estão no Cadastro Nacional de Adoção, que amplia a lista de habilitados para todos os Estados brasileiros, e na estruturação dos programas de apoio social;

j) A guarda fática não mais autoriza a dispensa do estágio de convivência. Agora é

⁷⁰ No Brasil, há quatro mil e duzentas crianças em condições de serem adotadas, e vinte e cinco mil casais pretendentes, segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Mas oitenta por cento dos casais querem bebês de até três anos e só sete por cento das crianças estão nessa faixa etária.

imprescindível que os pretensos adotantes detenham a tutela ou guarda legal de criança por período suficiente a aferir a conveniência da constituição do vínculo;

1)Em se tratando de adoção internacional (aquela na qual a pessoa ou casal adotante é residente ou domiciliado fora do Brasil), esta somente ocorrerá se não houver, em primeiro lugar, algum integrante da família extensa habilitado a adotar, e, em segundo, se forem exauridas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira (se adequado no caso sob análise a adoção por esta). Ademais, o prazo para efetivarem a adoção é de dois anos, após serem considerados aptos pela Justiça de seu país e do Brasil.

2. A HOMOAFETIVIDADE FACE À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

2.1 MATRIZES HISTÓRICAS DA HOMOSSEXUALIDADE: DA TOLERÂNCIA À GÊNESE DO PRECONCEITO.

Inúmeros relatos e registros históricos apontam que a homossexualidade constitui prática tão antiga e comum quanto à própria heterossexualidade, remontando, pois, aos primórdios da civilização humana. Contudo, dada as peculiaridades de cada época e de cada cultura, assumiu contornos variáveis, ora sendo admitida e/ou tolerada, ora sendo alvo de reprimendas e até cruéis penalizações.

Na antiguidade, entre os povos coniventes com tal conduta sexual, não obstante estipularem certas restrições, destacam-se os gregos e romanos. A censura recaía somente sobre quem assumia a condição de passividade sexual, visto que a associavam à impotência política⁷¹. Nesta baila, como as mulheres ocupavam naturalmente tal posição, reduzia-se a prática homossexual feminina à mera lascívia. Da mesma forma, na homossexualidade masculina, apenas o “pólo ativo” era valorizado, atribuindo-se o papel passivo àqueles tidos como inferiores na escala social e política, portanto, escravos e rapazes.

Intitulada de pederastia na cultura helênica, a homossexualidade inseria-se na cadeia social como ritual sagrado⁷², sendo erigida a um posto privilegiado. Em contrapartida, a relação heterossexual era relegada a um plano secundário, destinando-se exclusivamente à procriação. Perfeito exemplo de pedofilia, tal prática consistia na escolha de um jovem “efebo”, ainda impúbere, pelo “preceptor” ou “erastes”⁷³, com fins de treiná-lo para a vida pública. Nas palavras de Dionízio Jenczak:

A sociedade grega reconhecia o direito de acesso sexual do homem mais velho (“erastes”) ao homem jovem do mesmo nível social (“erômano” ou “efebo”). A justificativa era a iniciação do jovem nas práticas homossexuais,

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

⁷² RODRIGUES, Humberto Rodrigues. *O amor entre iguais*. São Paulo: Mythos, 2004, p. 36.

⁷³ Homem mais velho, modelo de sabedoria e geralmente um guerreiro, que se dispunha a transmitir seus conhecimentos ao “efebo”. Fazia parte das obrigações deste servir de “mulher” a seus preceptores (DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36).

de forma pedagógica, como ensaio para a vida adulta, o que lhe acarretaria boa reputação social caso fosse bem-sucedido.⁷⁴

Ainda, figuravam as relações homossexuais como instrumento de integração sociocultural, conforme relata Humberto Rodrigues:

Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com os homens mais velhos. Só assim eles acreditavam que os meninos pudessem absorver as virtudes de um bom cidadão e a sabedoria da filosofia. Esta prática só não era bem aceita para os meninos com idade inferior a 12 anos.⁷⁵

Neste passo, a pederastia dificilmente alterava a imagem do homem perante a sociedade, pois o amor ao belo, ao sublime e o cultivo da inteligência e da cultura não tinha sexo. Condenável era a busca do sexo pelo sexo.⁷⁶

Na cidade-Estado de Esparta, cujo desenvolvimento militar era superior a qualquer outro, as relações sexuais mantidas por pessoas do mesmo sexo eram frequentemente associadas ao grau de eficiência dos combatentes, sendo estimuladas dentro do próprio exército, porquanto acreditava-se que “um amante, além de lutar, jamais abandonaria outro amante no campo de batalha. O Batalhão Sagrado de Tebas, famoso por suas vitórias, era formado totalmente por pares homossexuais.”⁷⁷

Por sua vez, os romanos praticavam a sodomia⁷⁸ somente com o escravo nominado de “mancebo”⁷⁹. Não se permitia a escolha de rapazes livres, diferindo neste ponto dos gregos. Era inadmissível a passividade do senhor junto a seu escravo.

Incursionando ainda pelo mundo antigo, há indícios de que a homossexualidade

⁷⁴ JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 27.

⁷⁵ RODRIGUES, Humberto Rodrigues. *O amor entre iguais*. São Paulo: Mythos, 2004, p. 38.

⁷⁶ GUIMARÃES, Luiz Augusto de Freitas. *Sobre a homossexualidade na Grécia Antiga*. Disponível no site: < <http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>.> Acesso em: 13 de Abril de 2010.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ A denominação da prática homossexual romana deriva do topônimo “Sodoma”, cidade que, juntamente com Gomorra e conforme a narrativa bíblica, teria sido destruída pelo fogo e por uma chuva de enxofre. O motivo teria sido a depravação de seus habitantes, em especial no que se refere às perversões morais e sexuais, nelas incluída a homossexualidade (JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 21).

⁷⁹ As biografias de Virgílio, Horácio e Cícero revelam, por exemplo, sua atração pelos jovens mancebos (JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 28)

também se manifestou entre os egípcios⁸⁰, assírios⁸¹ e mesopotâmios⁸², embora com moldes diversos dos cultuados pelos gregos e romanos.

Verifica-se, pois, que as antigas civilizações se destacaram pela aceitação e ritualização das relações homossexuais, encaradas como algo natural e quase sempre associadas a ritos e cerimônias religiosas.⁸³

O tratamento discriminatório atribuído ao comportamento homossexual somente veio à tona com o advento e a propagação do Cristianismo na Europa. Fulcrada na filosofia de São Tomás de Aquino, que concebia como única finalidade do ato sexual a procriação⁸⁴, a Igreja passou a classificar a homossexualidade como moralmente inaceitável, considerando-a verdadeira perversão, transgressão à natureza, posto que contrária aos desígnios divinos.

Ainda como resultado da hegemonia cristã na Idade Média, houve a sacralização da união heterossexual através do casamento, de forma que a manifestação da sexualidade ficou restrita ao âmbito das uniões matrimoniais. Neste sentido,

Na medida em que se condicionou a sexualidade ao casamento e com o compromisso da fidelidade e da monogamia, a moral cristã passou a

⁸⁰ Embora os relatos acerca da homossexualidade no Antigo Egito sejam raros, vários egiptólogos e historiadores admitem sua prática entre os faraós. (TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6).

⁸¹ No Império assírio, por volta de 2000 a.C., uma poesia célebre menciona a homossexualidade: o “Épico de Gilgamesh” (JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 26).

⁸² Na Mesopotâmia, a homossexualidade masculina e feminina estava inserida na *modus vivendi* em sociedade (TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6).

⁸³ Durante o período renascentista, com o influxo das idéias Iluministas, figuras proeminentes assumiram uma postura liberal frente à homossexualidade, dentre eles Leonardo da Vinci e Michelangelo (JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 29). Cf. Theo André: “Leonardo da Vinci comparece perante o tribunal de Florença para responder à acusação de sodomia, juntamente com de Baccino alfaiate, Jacopo Saltarelli ourives, Bartolomeo de Pasquino ourives e Lionardo de Tornabuoni que, como Saltarelli, vestia-se de negro. A pena legalmente prevista, a morte na fogueira. Acabaram absolvidos por falta de provas. Ninguém testemunhou contra os cinco homossexuais, especialmente para não se indispor com Lourenço de Médicis, soberano da cidade toscana e primo de Tornabuoni. A absolvição permitiu que Leonardo da Vinci vivesse mais 43 anos deixando um acervo incomparável de obras artísticas, científicas e culturais. Uma fogueira chegou perto de privar o mundo de um dos homens mais extraordinários de todos os tempos. Quem passou pelas amarguras da homossexualidade foi também seu contemporâneo, Michelangelo Buonarntti. Viveu uma vida de asceta e de trabalho, dilacerando-se entre as paixões que lhe permitiram criar o ‘Juízo Final’ da capela Sistina no Vaticano e sua religiosidade de cristão convicto” (ANDRÉ, Theo. *Os Homossexuais e a Aceitação social. Uma Trajetória Contra o Preconceito*. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010).

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38. Cf. Dionízio Jenczak: “Daí a oposição sistemática do Cristianismo ao desperdício do sêmen humano por meio de atos sexuais não-reprodutivos” (JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 34).

condenar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, erigindo tal comportamento à categoria de crime praticado contra a moral religiosa.⁸⁵

Foi assim que, figurando como prática totalmente avessa aos dogmas e mandamentos ditados pela religião, enquanto inclinada tão somente à satisfação dos desejos sexuais e amorosos, sem fins procriativos, a homossexualidade passou a ser oficialmente rechaçada.

A antes tolerada conduta foi cedendo espaço a truculentas repressões, até culminar no mais brutal quadro de perseguições já instituído, quando, em 1179, o Concílio de Latrão a converteu em crime, punida, inclusive, com a pena de morte. Um dos principais instrumentos desse aparato coercitivo foi a Santa Inquisição. De igual modo, as legislações dos séculos XII e XIII também penalizavam a sodomia.

E desde então o mundo tem presenciado desumanas perseguições aos homossexuais. Na Alemanha, o nazismo que repudiava os judeus também se encarregou de torturar e massacrar os homossexuais. As sanções incluíam desde a degradação moral ao estigmatizá-los com a figura de um triângulo rosa nos uniformes de trabalho, até ameaças com a pena de morte. Durante a Segunda Guerra muitos foram internados em campos de concentração, sendo submetidos a torturas como castração, extirpação do pênis, entre outros castigos, sem contar a sujeição à lascívia de soldados e guardas.⁸⁶

Anos depois, de “criminosos” passaram os homossexuais a serem taxados de “doentes”, mais especificamente como “portadores de anomalias”, que, inclusive, os tornavam propensos à prática de delitos.⁸⁷

Contudo, o declínio das influências religiosas, aliado a dessacralização do casamento, conduziu a uma mudança de valores, de modo que, a homossexualidade dissociou-se da antiga idéia de ilicitude ou culpa, sendo percebida apenas como uma opção sexual.⁸⁸ No mesmo passo, ao anunciar o reconhecimento das diferenças e dos direitos individuais, permitiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela

⁸⁵ TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

⁸⁶ ANDRÉ, Theo. *Os Homossexuais e a Aceitação social. Uma Trajetória Contra o Preconceito*. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010.

⁸⁷ LOURIVAL, José de Oliveira, SOUZA; SILVA, Liliâne Cristina da. *União homoafetiva no âmbito jurídico do direito brasileiro: a travessia que não se completou*. Disponível em <<http://www2.uel.br/revistas/direitopub/index.asp>> Acesso em: 25 de abril de 2010.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

Assembléia Geral das Nações Unidas, a exteriorização de causas homoafetivas.

O marco inicial dessa trajetória de mobilizações contra a discriminação e o injustificado preconceito social se deu em 28 (vinte e oito) de junho de 1969, data em que se institucionalizou o “Dia do Orgulho Gay”.⁸⁹

Depois, documentos como a Declaração dos Direitos Sexuais, aprovada pela Associação Mundial de Sexologia em 1999, e os Princípios de Yogyakarta⁹⁰, elaborados em 2006 pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Serviço Internacional de Direitos Humanos, consagrando os direitos sexuais, em muito projetaram tais manifestações.

Neste ínterim, a livre expressão da sexualidade desfraldou suas bandeiras, dando vazão à proliferação de movimentos tendentes a alterar os padrões conceituais das relações homossexuais, tanto na esfera social como privada. Frequentemente *gays*, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis de todo o mundo, como resultado da tomada de consciência de sua própria identidade, vem reclamando seus direitos e exigindo seu espaço frente a uma sociedade que ainda não os aceita.

Já na esfera pátria, os lineamentos históricos da homossexualidade precedem à colonização portuguesa. O comportamento era habitual entre os silvícolas, sendo incluído como forma de transmissão de conhecimentos e cura de certas moléstias.⁹¹

No período de ocupação estrangeira, as Ordenações impostas por Portugal, influenciadas diretamente pela moral cristã vigente no Velho Continente, eram rígidas no

⁸⁹ Noticiado em diversas revistas e jornais, o episódio alude à eclosão de uma rebelião de travestis nominada de “Motim de Stonewall”, isto porque: “nove detetives à paisana entram no bar Stonewall, no bairro Greenwich Village, em Nova York, expulsando cerca de duzentos fregueses que lá estavam e prendem o gerente, um porteiro e três travestis. Ao se retirarem do bar com os detentos, encontram uma multidão irritada, que começa a atirar-lhes pedras e garrafas. Os policiais se entrincheiram dentro do bar até a chegada de reforços. O tumulto envolve cerca de quatrocentos manifestantes, e só acaba quarenta e cinco minutos depois. Os distúrbios de Stonewall dão origem ao Gay Power (poder gay) e marcam o início do protesto público contra a discriminação de homossexuais”(ANDRÉ, Theo. *Os Homossexuais e a Aceitação social. Uma Trajetória Contra o Preconceito*. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010).

⁹⁰ Cf. Maria Berenice: “os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, a serem cumpridas por todos os Estados. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados e outras adicionais às Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não governamentais e financiadores” (DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47).

⁹¹ JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 41.

combate às práticas homossexuais.⁹² Entretanto, os colonizadores a elas aderiram, às ocultas, sob o pretexto de que ‘não há pecado abaixo da linha do Equador’.⁹³

Ao tempo da escravidão, ainda que encoberta, a exploração lasciva dos escravos jovens de ambos os sexos por parte dos senhores tornou-se corriqueira. E caso não se submetessem às suas vontades, a punição era o castigo com chibatadas.

A criminalização da homossexualidade subsistiu até a Constituição Imperial de 1824. No entanto, o Código Criminal de 1830 enquadrou a conduta em novos tipos penais, como o da ofensa à moral e aos bons costumes. Mais tarde, foi tipificada como ofensa à honra e honestidade das famílias e como ultraje ao pudor pelo Código de 1890, o que foi mantido no ordenamento de 1940.⁹⁴

A exemplo do que ocorria em vários países do mundo, e considerando a tese defendida pelo médico-legista Viriato Fernandes Nunes da Faculdade de Medicina de São Paulo na qual ‘toda perversão sexual atenta violentamente contra as regras sociais’ e ‘estes criminosos tem perturbadas as suas funções psíquicas’(1928), o Brasil inicia seus estudos acerca do comportamento homossexual, e, em 1930, homossexuais são alvo de pesquisas biológicas no Laboratório de Antropologia Criminal de São Paulo. Depois, em 1935, a Equipe do Laboratório de Antropologia do Instituto de Identificação do Rio de Janeiro estuda a constituição morfológica de 184 (cento e oitenta e quatro) homossexuais visando identificar caracteres biotipológicos.⁹⁵

O contragolpe a tanta opressão social despontou na década de setenta, quando os grupos homossexuais brasileiros, seguindo a já tendência mundial, começam a lutar contra as taxativas discriminações. A experiência foi trazida pelos artistas e intelectuais, que, exilados durante a Revolução de 1964, entraram em contato com os ideais liberais internacionais.

Assim se lançou o movimento pro homossexuais no país, desdobrando-se em

⁹² As Ordenações Afonsinas de 1446, inspiradas no direito canônico, determinavam a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por sodomia, o que foi mantido pelas Ordenações Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603, sendo ainda acrescentadas as penas de perda da fortuna e degredo, e as mulheres deveriam trajar máscaras e vestes masculinas em dias não-festivos. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010.

⁹³ JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 31.

⁹⁴ Ibid., p. 31.

⁹⁵ ANDRÉ, Theo. *Os Homossexuais e a Aceitação social. Uma Trajetória Contra o Preconceito*. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010.

iniciativas que abrangiam desde a publicação de revistas e jornais sobre o tema, dentre eles o Jornal “O Lampião”, do Rio de Janeiro, editado por jornalistas, intelectuais e artistas homossexuais e especialmente dirigido à comunidade *gay*⁹⁶, até a organização de concorridas passeatas e manifestações, as quais, contando com a adesão e o reforço de grandes figuras públicas dos diversos campos do conhecimento, contribuíram para que muitos anônimos assumissem sua condição homossexual, e lutassem pelo reconhecimento de seus direitos.⁹⁷

Tais iniciativas ganharam tamanho impulso que a Constituição de 1988, ao consagrar os princípios da dignidade pessoa humana e da igualdade jurídica, vedou quaisquer atos discriminatórios contra as liberdades fundamentais, incluindo-se, por óbvio, o direito à livre orientação sexual. Além disso, em 1992 o Brasil se tornou signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU – que, em dois artigos proíbe a discriminação por motivo de sexo, aludindo também à orientação sexual. Ou seja, discriminar pessoas em função de sua orientação sexual implica em descumprir tratados internacionais.

Por outro lado, a oposição sistemática de setores sociais e congressistas ao reconhecimento dos direitos homoafetivos tem ampliado de forma expressiva as manifestações em favor destes. Não é de se admirar que, desde 1997, das *paradas gays* realizadas em todo o mundo, as maiores são as de São Paulo e Rio de Janeiro, reunindo, inclusive, milhares de simpatizantes.

A atuação e repercussão dos movimentos LGBT⁹⁸ foi tanta que, em 2004, o Governo

⁹⁶ ANDRÉ, Theo. *Os Homossexuais e a Aceitação social. Uma Trajetória Contra o Preconceito*. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010.

⁹⁷ JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 41.

⁹⁸ Acrônimo para “*Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros*”, utilizado, sobretudo, na esfera política e por incluir o maior número de pessoas na comunidade. A ordem das letras pode aparecer alterada (p. ex., LGBT). *Armário X: Dicas e informações para quem deseja sair do armário*. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/htm/glossario.htm>>. Acesso em: 16 de Abril de 2010. Cf. Regina Facchini e Júlio Assis Simões: “Em 2008, ano em que se realizou a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, o movimento social que se faz designar pela sigla LGBT completou 30 anos de existência. A Conferência foi um importante marco simbólico no processo de reconhecimento desses sujeitos políticos. O desabrochar de um movimento homossexual no Brasil se deu com o surgimento de grupos voltados explicitamente à militância política, formados por pessoas que buscavam difundir novas formas de representação da homossexualidade, contrapostas às conotações de sem-vergonhice, pecado, doença e degeneração. Esse movimento aglutinou pessoas dispostas a se declarar em público, que se apresentavam como minoria oprimida em busca de alianças políticas. (...) A trajetória desse movimento tem uma “primeira onda”, no final do regime militar, a chamada “abertura política”. A segunda ocorre durante a redemocratização dos anos 1980, que coincide com a eclosão da epidemia HIV-Aids, quando se desenham as condições de institucionalização do movimento. A partir dos anos 1990, temos uma “terceira onda”, em que a parceria com o Estado se consolida e dá impulso aos grupos ativistas. Esse é um momento de diversificação dos sujeitos do movimento na atual

Federal lançou o Programa Brasil sem Homofobia⁹⁹, cuja elaboração coube ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação, coordenado por Cláudio Nascimento, presidente da ONG Arco-Íris e secretário de Direitos Humanos da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Dentre outras providências, o programa apresentou propostas de combate à violência praticada contra os homossexuais e de reconhecimento de seus direitos enquanto cidadãos, sendo endossado pelos Ministérios da Educação, da Saúde e da Cultura, além da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos. Governos estaduais e municipais, bem como as organizações não governamentais, vem recebendo apoio para o desenvolvimento de projetos que buscam implementar centros de referência de combate à homofobia. Os principais atendimentos são no ramo jurídico, psicológico e social.¹⁰⁰

Lamentavelmente, malgrado a incessante luta para se alcançar o devido respeito e dignidade, e seus significativos avanços, a impiedosa rotulação preconceituosa de que são alvo os segmentos homossexuais, cujas razões, segundo Romualdo Flávio Dropa, “estão na nossa herança cultural européia tipicamente secular, somadas às convicções religiosas e um curioso machismo latino, não muito silente”¹⁰¹, ainda perdura. Só a título de elucidação, em 1997, um relatório divulgado pelo sociólogo e fundador do Grupo *Gay* da Bahia Luiz Mott, aponta, de forma vergonhosa, o Brasil como o país que mais desrespeita os direitos fundamentais dos homossexuais em todo o mundo, e até hoje não lhes promove qualquer norma expressa de proteção efetiva.

Observa-se também que, ao contrário de outras minorias igualmente objeto de discriminação, os homossexuais raramente encontram apoio dentro de suas próprias famílias.

designação LGBT, da formação das atuais grandes redes regionais e nacionais de organizações, da formação de setoriais em partidos políticos, da proposição de projetos de lei e da consagração das Paradas do Orgulho LGBT como instrumentos de luta política. Apesar da maior parte das bandeiras de luta do movimento já estarem estabelecidas, desde o final dos anos 1970, os avanços são lentos e a reação conservadora se fortalece com a visibilidade alcançada pelas demandas dessa população(...)O movimento LGBT é um protagonista central nesse campo de lutas.” (FACCHINI, Regina; SIMÕES, Júlio Assis. *O movimento LGBT e o reconhecimento de novos sujeitos de direitos*. Disponível em: < <http://www.paradasp.org.br/artigos.php?id=3>>. Acesso em: 16 de abril de 2010.)

⁹⁹ Embora a etimologia da palavra aponte para o significado que denota medo mórbido em relação aos homossexuais, o termo passou a ser empregado para descrever a rejeição e/ou aversão a estes indivíduos e à homossexualidade, conforme já registram os recentes dicionários. *Armário X: Dicas e informações para quem deseja sair do armário*. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/conteudos/glossario.php>>. Acesso em: 20 de Abril de 2010.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

¹⁰¹ DROPA, Romualdo Flávio. Direitos Humanos no Brasil: *Exclusão dos homossexuais*. Disponível em: < http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanoshomo.htm#_ftnref1> Acesso em: 18 de abril de 2010.

E por viverem em uma sociedade cuja cultura é voltada ao modelo heterossexual, acabam se tornando as maiores vítimas do preconceito. Neste sentido, elucida Aimbere Francisco Torres:

Em uma sociedade em que as regras são estabelecidas com base no paradigma do e para o heterossexual, a relação existente com parceiros homossexuais é estabelecida de forma unilateral. O poder estatal não lhes reconhece a essência de pessoa no meio do mundo; ao revés, revela a existência de um sujeito negado, diante da sua opção em se relacionar sexualmente com indivíduos idênticos, ao mesmo tempo em que lhes exige o adimplemento das obrigações impostas por este mesmo Estado.¹⁰²

Nessa extensa teia de preconceitos, o homossexual é desqualificado em todos os níveis sociais: no campo familiar, no meio educacional, nos esportes, no âmbito profissional, conduzindo-o muitas vezes ao isolacionismo, a comportamentos autopunitivos, a estados de profunda tristeza e angústia, que, inclusive, poderão vir a desencadear transtornos de ordem psíquica, como depressão e condutas patológicas, e, não raro, a consumação da ideação suicida.

A postura homofóbica, dessa forma, aponta para um ódio gratuito baseado unicamente na orientação homossexual do outro, e revela sua face mais cruel e animalizada quando as reações de desdém e franca hostilidade são acompanhadas de violência física e moral, e quando não, morte.

Recorde-se o homicídio do adestrador de cães Edson Néris da Silva, ocorrido em fevereiro de 2000, em São Paulo, quando passeava de mãos dadas com Dario Pereira Neto. Ao perceberem que seriam abordados pela gangue, Edson e o amigo saíram correndo em direções opostas. Neto foi agredido, mas conseguiu escapar. Já Edson, segundo testemunhas, foi espancado por cerca de 20(vinte) minutos até a morte, tendo seu corpo sido abandonado em plena praça. Os assassinos eram integrantes de um grupo de *skinheads* – conhecidos como “cabeças raspadas” - célebres por sua aversão aos negros e homossexuais.¹⁰³

As manifestações de homofobia também são recorrentes nas Forças Armadas Brasileiras. Recentemente, em 10 (dez) de março do presente ano, o tenente Osvaldo Brandão

¹⁰² TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14.

¹⁰³ DROPA, Romualdo Flávio. Direitos Humanos no Brasil: *Exclusão dos homossexuais*. Disponível em: < http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanoshomo.htm#_ftnref1 > Acesso em: 18 de abril de 2010.

Sayd foi expulso do Exército Nacional por confessar ter se relacionado sexualmente com um soldado. A explicação de que o fato ocorrera em sua casa e não no quartel militar¹⁰⁴ não foi suficiente para obstar a expulsão. A razão apontada pelo Alto Tribunal Militar foi a de que a orientação sexual de Sayd "denegriu" a imagem das Forças Armadas.¹⁰⁵ Esse e muitos outros casos rememoram o do soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã na década de 70(setenta), nos Estados Unidos, mas que, ao escrever ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual, foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu a antológica frase: 'Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro'.¹⁰⁶

Frise-se que o arquétipo da homossexualidade como crime ainda vive em mais de setenta países do mundo. No grupo de extrema repressão, situam-se os países islâmicos e muçulmanos, dentre eles o Afeganistão, Arábia Saudita, Sudão, e Emirados Árabes, onde ser homossexual pode custar a vida. O Irã pune a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo com amputações dos pés, mãos, ou com a pena de morte. No Paquistão os homossexuais masculinos são condenados à prisão perpétua. Por seu turno, na cidade afeganistã de Khost, a homossexualidade é disseminada, a ponto de integrar os costumes e contexto social do lugar.

Infere-se daí que cada sociedade comporta um sistema de exclusões que lhe é peculiar. Conforme esclarece Maria Berenice Dias:

Condicionadas ao grau de desenvolvimento social e cultural de cada sociedade, diferentes posturas ensejam tratamentos diferenciados. Estudos comprovam que os países que alcançam um mais alto nível socioeconômico-cultural promovem a integração de suas minorias. Não só a integração, mas também – e isso é o mais importante – favorecem o desenvolvimento da identidade desses grupos.¹⁰⁷

¹⁰⁴ O art. 235 do Código Penal Militar penaliza a prática homossexual que se realize unicamente em circunscrição militar, *in verbis*: “Praticar ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1(um) ano”.

¹⁰⁵ Disponível em <<http://tvnet.sapo.pt/noticias/detalhes.php?id=55609>> Acesso em: 18 de mar de 2010.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/baroso,_luis_roberto_--diferentes_mas_iguais.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2010.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

No Brasil, como não há qualquer norma incriminadora a repulsar oficialmente a prática homossexual, o preconceito é velado, e, por isso, torna-se mais difícil combatê-lo. Destarte, somente uma reavaliação constante de hábitos e a introdução de outros, como a deferência à dignidade de qualquer cidadão, permitirá sedimentar uma cultura capaz de, senão aceitar, ao menos respeitar as diversidades.

2.2 HOMOSSEXUALISMO, HOMOSSEXUALIDADE E HOMOAFETIVIDADE

A atração inclinada para o sexo idêntico já foi identificada como uma anomalia, perturbação, perversão, uma maldição. Essa multiplicidade de interpretações despertou a atenção dos mais variados ramos do conhecimento, que buscam exaustivamente enumerar as suas causas, na tentativa de alcançar uma explicação plausível.

A disposição da experiência homossexual como uma enfermidade ou mal contagioso, decorrente de algum defeito genético reporta-se à Idade Média. Daí a qualificação “homossexualismo” para designá-la, posto que o sufixo “ismo” é indicativo de doença.

Durante anos a Medicina se deteve aos aspectos fisiológicos dos homossexuais, valendo-se dos mais diversos métodos para reverter o comportamento tido como “anormal”, mas todos quedaram infrutíferos. Ainda assim, no ano de 1975, a Organização Mundial de Saúde - OMS - publicou a “Classificação Internacional de Doenças” - CID - e nela o homossexualismo estava capitulado no rol de distúrbios mentais, no sub-capítulo dos “desvios e transtornos sexuais”¹⁰⁸.

Felizmente, no ano de 1985, a OMS publicou uma circular explicando que o homossexualismo não mais encontrava suporte defensável como problema psíquico, pois não existiam sintomas que justificassem considerá-lo uma doença¹⁰⁹. Porém, somente quase dez anos depois é que o “homossexualismo” é desclassificado como patologia mental e rebatizado como “sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais”. Mais tarde, na décima revisão do

¹⁰⁸ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspecto jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

¹⁰⁹ SCHAMANN, Paula Tasca. *Do direito à adoção por casais homossexuais*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2008_2/paula_tasca.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2010.

CID-10, em 1995, foi inserido entre os transtornos psicológicos e de comportamento associados ao desenvolvimento e orientação sexual – F66¹¹⁰.

Incorpora-se então o vocábulo “homossexualidade”, substituindo o sufixo “ismo”, que remete a uma concepção equivocada e desprovida de qualquer comprovação científica, pelo sufixo “dade”, que indica modo de ser. Etimologicamente, originou-se da conjugação da palavra grega *homo*, que quer dizer “semelhante”, com o termo latino *sexus*, que significa relativo ou pertencente ao sexo.¹¹¹

Doutrinariamente, consoante Enézio de Deus Silva Júnior, a homossexualidade é “caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico, que não se reduz a simples escolha ou opção.”¹¹² Trata-se, na verdade, de “orientação sexual”¹¹³, como sublinha o próprio autor:

“Inadequadas, expressões como ‘opção sexual’, ‘escolha sexual’, ‘transtorno’, ‘perversão’ e ‘inversão’ – ainda observadas em muitos manuais e livros – distanciam-se da compreensão hodierna da sexualidade, no que tange, especificamente, à **orientação** (grifo nosso) ou ao direcionamento dos desejos das pessoas, seja para idêntico, para oposto ou para ambos os sexos, as variantes do desejo devem ser entendidas como possibilidades afetivas naturais da orientação sexual humana.”¹¹⁴

No que é corroborado por Claudecy de Souza:

O indivíduo homossexual não faz opção por ser homossexual. Ele apenas é e não pode, ainda que queira, mudar isso. Ele pode sim, fazer uma opção no sentido de negar esse impulso e tentar viver como heterossexual. Mas isso tem um impacto negativo para o pleno desenvolvimento emocional do

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

¹¹¹ TONI, Cláudia Thomé. *Manual dos Direitos Homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.7.

¹¹² SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 55.

¹¹³ Segundo os Princípios de Yogyakarta, é a expressão que goza de maior aceitação. Cf. *Armário X: Dicas e informações para quem deseja sair do armário*, é o “termo mais adequado para referir-se à atração física, emocional e espiritual para pessoas do mesmo sexo ou do sexo oposto, incluindo, portanto, a **homossexualidade**, a **heterossexualidade** e a **bissexualidade**”. *Armário X: Dicas e informações para quem deseja sair do armário*. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/conteudos/glossario.php>>. Acesso em: 21 de Abril de 2010.

¹¹⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 56.

indivíduo.¹¹⁵

Como se vê, muitos estigmas circundam o assunto homossexualidade e prejudicam seu real entendimento. Porém, ainda que as opiniões e teses acerca das razões que determinam alguém ter seu afeto voltado para um parceiro do mesmo gênero, se biológicos, genéticos, ambientais ou “fruto de um determinismo psíquico primitivo ou inconsciente”¹¹⁶ mostrem quão longínqua está a possibilidade de se chegar a um ponto de concordância, certo é que, indiscutivelmente, não constitui uma atitude deliberada. E se o agir homossexual é involuntário, descabe ser nominado de opção ou preferência sexual, porquanto se o homossexual pudesse realmente escolher, face às discriminações e exclusões, decerto optaria por não sê-lo.

E neste sentido alerta Maria Berenice Dias, com uma propriedade que lhe é comum: “Assim como a atração por uma pessoa do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoada a total indiferença diante da diferença.”¹¹⁷

Aliás, cabe à supramencionada jurista a incorporação da expressão “homoafetividade”, buscando demonstrar o elo de afetividade que norteia as relações mantidas por pessoas do mesmo sexo. O termo mereceu larga aceitação, e vem se fixando tanto no vocabulário jurídico¹¹⁸ como na linguagem popular.

Atribuindo maior ênfase à questão afetiva, Taísa Ribeiro Fernandes a descreve:

como a sensação de estar apaixonado, de se envolver amorosamente, ou sentir atração erótica por pessoa de sexo semelhante. É uma forma distinta de ser da maioria, somente no que diz respeito à orientação sexual, pois, nos demais aspectos, não há diferença. É a troca de afetos, é o envolvimento

¹¹⁵ SOUZA, Claudecy de. *Homossexualidade*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/psisex.asp?rvTextoId=1121852661>>. Acesso em: 17 de Abril de 2010.

¹¹⁶ GRAÑA, Roberto B. *Além do desvio sexual*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 31.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50.

¹¹⁸ A expressão foi utilizada na primeira decisão judicial que reconheceu os direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente, em 2001 (Apelação Cível nº 7000138982, Relator Desembargador José Carlos Teixeira Georgis).

íntimo entre duas pessoas pertencentes ao mesmo sexo.¹¹⁹

Nota-se, portanto, que não é a atração sexual o único fator a delinear tais relações. São os aspectos emocionais e espirituais pautados no afeto, no amor, na cumplicidade e lealdade, que melhor justificam a constituição dos vínculos homoafetivos.

2.3 O PRINCÍPIO DA PLURARIDADE DAS FORMAS FAMILIARES E A AFETIVIDADE COMO ATUAL PARADIGMA

A família, contingente como a vida, é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Logo, é imperioso que o tratamento dispensado pelo direito à família se amolde às vicissitudes da realidade social e axiológica de seu tempo.

Com efeito, a cultura do início do século passado, fincada no arquétipo patriarcal e hierarquizado¹²⁰, levou o legislador a emprestar juridicidade apenas ao relacionamento matrimonializado, circunscrito às finalidades da procriação e perpetuação do patrimônio.

Todavia, com a progressiva superação e conseqüente ruptura da supremacia do marido e do pai, passou-se a considerar a unidade familiar como um grupo social igualitário, pautado no interesse, individualmente considerado, de cada um dos membros que a compõe. Essa valorização do indivíduo permitiu a desenfreada busca pela realização pessoal, constituindo a família um dos canais condutores de sua concretização.

Diante desses novos ares, o desprezo legal a qualquer vínculo não proveniente exclusivamente do casamento não foi suficiente para obstar que insurgissem outras espécies de uniões, ainda que sem a chancela do Estado. Como exemplo, a constituição de famílias formadas por egressos de relacionamentos anteriores, que optavam por não casar, assim classificadas de concubinato. E, apesar de vislumbrarem todos os elementos caracterizadores do vínculo matrimonial, como comunhão de vida, assistência mútua e estabilidade, não se reconhecia sua natureza familiar. Encontravam abrigo apenas no direito obrigacional, sendo consideradas meras sociedades de fato.

¹¹⁹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 22.

¹²⁰ Manteve-se silhueta análoga à família romana, identificada na figura central do homem, e na estrita definição dos papéis de cada membro no clã.

Quando do término desses liames, quer pela separação, quer pela morte, os concubinos foram recorrer ao Poder Judiciário. Viram-se os juízes forçados a, no caso concreto, criar alternativas para coibir flagrantes injustiças. Porém, limitavam-se tão somente a deferir alguns efeitos patrimoniais. Na lição de Maria Berenice Dias:

Mas tal foi a rejeição à idéia de ver esse núcleo com uma família, que a jurisprudência, em um primeiro momento, socorreu-se do direito do trabalho, vendo na atividade feminina verdadeira relação laboral, a dar ensejo ao pagamento de indenização por serviços doméstico prestados. Ora, Não dá pra confundir labor e amor. Em um relacionamento afetivo não há prestação de serviços, há trocas afetivas e esforço comum. Depois se fez analogia com o direito comercial, utilizando como subterfúgio certa similitude com a sociedade de fato, de forma a evitar o enriquecimento injustificado de um dos companheiros – via de regra, da mulher – e permitir a partição patrimonial. Nada mais se cogitou reconhecer ou conceder. Nem alimentos, nem herança, ou quaisquer dos direitos assegurados aos cônjuges.¹²¹

Com o tempo, embora destituídas do selo da oficialidade, passaram as relações extramatrimoniais a contar com o beneplácito da sociedade. Esse reconhecimento coletivo fez com que ingressassem no mundo jurídico por obra da jurisprudência¹²², o que, *a posteriori*, levou a Constituição a albergar no conceito de **entidade familiar** (grifo do autor) o que chamou de **união estável** (grifo do autor).¹²³

Desta forma, pode-se constatar que a Carta da República de 1988 foi ao encontro dos anseios sociais, consagrando assim, a especial proteção à família¹²⁴. Neste prisma, consolidou o que os fatos já denotavam: a coexistência do casamento com outras formas de organização familiar, como a já citada união estável¹²⁵ e a monoparental¹²⁶, cuja formação pode se apresentar em razão de fatores ocasionais como separação, divórcio e viuvez, ou até mesmo

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

¹²² Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, ps. 31-32.

¹²⁴ CF, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção da família”.

¹²⁵ CF, art. 226, § 3.º: “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.”

¹²⁶ CF, art. 226, § 4.º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

por meio de concepção artificial. Por conseguinte, ao abarcar, na definição de entidade familiar, a união estável e o vínculo monoparental, desfez a posição privilegiada do casamento como único meio legítimo e fundante da célula familiar¹²⁷.

Entrementes, ainda que a Constituição tenha alargado o conceito de família, na relação expressa do artigo 226 não se encontram enumeradas todas as espécies de arranjos que vicejam na sociedade. Mesmo porque, ante a constante mobilidade e improvisação das configurações familiares, seria praticamente impossível tal inserção. Neste diapasão, não pretendeu o legislador constituinte encerrar um rol exaustivo, ou instituir cláusula de exclusão: trata-se de elenco meramente exemplificativo, de sorte que, estariam implícitas outras comunidades familiares, igualmente alicerçadas nos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Outrossim, “ao tratar da entidade familiar monoparental, ou unilinear, o faz com o advérbio ‘também’, o que leva-nos a crer que outras formas são admitidas pelo texto, justamente para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana”¹²⁸.

Pode-se dizer, então, que o paradigma familiar contemporâneo é multifacetado. De fato, são cada vez mais raras as “famílias-tipo”, engessadas nas figuras pai-mãe-filho, e cada vez mais comum a composição de entidades cuja verticalidade dos vínculos parentais necessariamente não se estabelece nos dois planos, como ocorre nas famílias monoparentais, unipessoais¹²⁹, ou aquelas constituídas apenas por irmãos, onde os pais são ausentes.

Há, ainda, segundo a classificação trazida por Maria Berenice Dias, as chamadas famílias anaparental, paralela, eudemonista, e a homoafetiva.

A primeira atine à convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, marcada pela conjugação de esforços durante um longo período de tempo¹³⁰. A

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

¹²⁸ BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. *As entidades familiares na Constituição*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 18 de Maio de 2010.

¹²⁹ Pessoas que, deliberadamente, ou por inaptidão de convivência com outra, decidem por viverem sozinhas. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, na consideração do que se compreende como “entidade familiar”, prevista na Lei nº 8.009/1990, acerca da impenhorabilidade do bem de família, chegou a incluir os solitários entre as entidades familiares, como se observa no acórdão proferido, nos autos do recurso especial nº 205.170-SP: “[...] O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, destarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.”

¹³⁰ A autora menciona o exemplo fático de entidade familiar formada por duas irmãs que, coabitando durante longos anos, comungam esforços na construção de um patrimônio comum: “Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as

próxima refere-se à união estável construída paralelamente ao matrimônio, daí não ser admitida no ordenamento jurídico, posto que formada por pessoas legalmente impedidas de casar¹³¹. Por sua vez, a nova tendência de identificar a afetividade como o elemento constitutivo dos vínculos familiares foi cunhada de “eudemonismo”, doutrina que considera ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, ou seja, são moralmente boas as condutas que levam à felicidade. A família eudemonista¹³² caracteriza-se, pois, pela busca da felicidade, pela supremacia do amor e pelo alcance da solidariedade, o que enseja o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família¹³³.

E, por fim, tem-se as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, ou homoafetivas, objeto de incessantes debates e controvérsias quanto à sua natureza familiar.

Como se observa, o núcleo familiar clássico cedeu espaço a outras formas de constituição, que florescem vincadas pelo afeto. Portanto, a função procriacional e o papel econômico, que outrora permeavam as células familiares, tendem a não subsistir diante do perfil da nova família, cuja estrutura independente de núpcias, e que, conquanto existam alguns interesses sociais ou patrimoniais, volta-se muito mais à realização sentimental de seus integrantes.

Não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, como centro axiológico de toda a ordem constitucional, lastreada nos princípios da igualdade e da liberdade, operou uma verdadeira democratização da família, assegurando um espaço de desenvolvimento e realização personalística de seus membros, onde o respeito mútuo e a individualidade são preservados. Portanto, a sua incidência no Direito de Família é condição fundamental para entender os contornos conferidos às estruturas familiares. Nesse sentido:

disposições que tratam do casamento e da união estável.” Na hipótese de falecimento de uma delas, “a solução que mais se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 44). Veja-se o seguinte julgado: “EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles” (R. Especial 159.851-SP, DJ de 22.06.98).

¹³¹ No entanto, já há alguns julgados reconhecendo os direitos de concubino supérstite que tenha convivido durante mais de quarenta anos concomitantemente ao casamento do *de cujos*.

¹³² Expressão que, na sua origem grega, liga-se ao adjetivo feliz (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. p. 592).

¹³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

Pode-se, dessa forma, afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra no espaço destinado à família, solo fecundo, uma vez que a funcionalização das entidades familiares objetiva a efetivação do desenvolvimento pleno da pessoa, quer ocupe o lugar de homem, mulher, pai, mãe ou de filhos.¹³⁴

Entretanto, em uma gritante e desarrazoada contradição, o mesmo ordenamento jurídico que elege a dignidade humana como um de seus pilares, visualiza a pluralidade dos arranjos familiares e erige o afeto à posição de vetor na composição de suas relações, é o mesmo que se nega a conferir *status* de família aos vínculos homoafetivos, que sustentam o afeto na sua essencialidade. E, neste ponto, toda relação que tenha por base a autêntica *affectio maritalis* faz jus à tutela estatal, na medida em que

tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.¹³⁵

Portanto, impõe-se aos operadores do direito reconhecer essa nova dimensão, de forma a atribuir igual tratamento aos agrupamentos homoafetivos, que, enlaçados pelo afeto, pelo amor, e pela comunhão de interesses, apresentam-se como uma autêntica família.

2.4 FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA A DESEQUIPARAÇÃO

São notórias as dificuldades enfrentadas pelos homoafetivos para tornar factíveis direitos fundamentais, *maxime* quando o reconhecimento desses direitos diz respeito ao enquadramento das parcerias homoafetivas como núcleo familiar. Com efeito, a despeito de alguns significativos avanços, acurados especialmente no campo jurisprudencial, não se pode

¹³⁴ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*: a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43.

¹³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul., 2004, p. 08.

dizer que seja uma posição dominante ou incontroversa.

Os segmentos que resistem em atribuir natureza familiar às uniões homoafetivas valem-se de inúmeros argumentos. O mais reiteradamente utilizado deriva do entendimento de que, ao pressupor a Constituição Federal e a legislação ordinária¹³⁶ a diferença de sexos para a configuração da união estável, automaticamente estariam excluindo do âmbito familiar os vínculos afetivos formados por pessoas do mesmo sexo.¹³⁷ O raciocínio jurídico no qual se firma esse posicionamento se encontra na chamada teoria da “norma geral exclusiva”, segundo a qual, uma norma, ao regular determinada conduta, ao mesmo tempo estaria banindo daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Para os autores que defendem essa interpretação restritiva, qualquer outra espécie de entidade familiar que se pretenda criar terá que ser feito via emendacional, não por projeto de lei.

Dentre os que não cogitam a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas apoiando-se em tais justificativas, destaca-se Sérgio Gischkow Pereira, no que é categórico:

O problema está em que a Constituição Federal expressamente só aceita união estável entre heterossexuais. A solução da analogia é forçada, pois implica em terminar concedendo os mesmos direitos dos heterossexuais na união estável. Está evidente que a Constituição Federal não permitiu união estável, ou efeitos dela decorrentes, para homossexuais. E não se trata de emenda constitucional, mas de constituição originária e votada por parlamentares eleitos pelo povo.¹³⁸

Contudo, não tem pertinência a invocação do argumento de que a menção *a homem e mulher* importa, *a contrario sensu*, em vedação à extensão do mesmo regime às uniões homoafetivas. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a norma do artigo 226 é de inclusão, e só poderia

¹³⁶ CC, art. 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” e Lei 9.278/96, art. 1º: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

¹³⁷ Cf. julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul “Rio Grande do Sul - APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. DESCABIMENTO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CF E 1.723 DO CC. EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DOS BENS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDOS NO PERÍODO. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA” (TJRS – AC 70026584698, 7ª C. Cív. Rel. José Conrado de Souza Júnior, j. 25/03/2009).

¹³⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.71.

ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões.¹³⁹ E acrescenta:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.¹⁴⁰

No mesmo norte aponta Luís Roberto Barroso, no que tange à conjeturada proibição:

Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.¹⁴¹

Por outro lado, exigir a diversidade de sexos como fator garantista de direitos representa flagrante ofensa aos princípios do respeito à dignidade humana e da igualdade, os grandes vértices da ordem constitucional, responsáveis por outorgar efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à liberdade sexual. Portanto,

Desarrazoada a eleição de fator sexista para subtrair dos homossexuais os direitos deferidos aos heterossexuais, postura que evidencia discriminação, infringência ao princípio da isonomia e desrespeito à cláusula constitucional

¹³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264 >. Acesso em: 25 de Maio de 2010.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/baroso,_luis_roberto_--diferentes_mas_iguais.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2010.

que impõe respeito à dignidade humana.¹⁴²

Uma outra corrente sustenta que o rol do artigo 226 da CF é exemplificativo, mas que necessariamente devem o casamento e a união estável se estabelecer entre pessoas de sexo diverso. Assim se posicionam Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, que entendem não ser a união homoafetiva uma relação afetiva com as características de uma família, mas uma sociedade de fato, com guarida no direito obrigacional¹⁴³. Nesta oportunidade, colaciono Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Conflito Negativo de Competência - Ação declaratória de união estável que na realidade deveria ser de união de fato, pois trata de união de pessoas do mesmo sexo, o que não é acolhido pela legislação pátria - Juízo suscitado que declinou de sua competência determinando livre distribuição a uma das Varas Cíveis da Capital tendo sido contemplado o Juízo da 19ª Vara Cível, que alegando deve ser aplicado ao caso o art. 9º da Lei nº 9.278/96, propôs o presente conflito negativo de competência - Inadmissibilidade - O art. 226, § 3º da Constituição Federal dispõe que a união estável é somente reconhecida entre homem e mulher, que não é o caso dos autos, **que deverá ser processado como união de fato e não em vara especializada de família e sucessões mais sim em Vara Cível** (grifo nosso).¹⁴⁴

Ora, as essências não se confundem. Sociedades de fato tem por fito negociar vantagens econômico-financeiras, não afetos. Logo, mais que sociedades de fato, são as uniões homoafetivas legítimas sociedades de afeto, o mesmo elemento nuclear das entidades familiares. A respeito, explica Romualdo Dropa: “o que não se pode afirmar, com veemência, é que pessoas do mesmo sexo se unem apenas para construção de patrimônio comum, uma vez que ninguém se une por laços afetivos com o objetivo único e exclusivo de fundar uma sociedade mercantilista.”¹⁴⁵

A impossibilidade de procriação figura como outra justificativa para a desequiparação

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

¹⁴³ PEREIRA, Dayvid Cuzzuol. *Novas figuras do Direito de Família*. Disponível em < <http://dayvidcp.blogspot.com/2009/01/direito-civil-novas-figuras-do-direito.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2010.

¹⁴⁴ TJSP, Confl. Comp. 1798690700, C. Esp., rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 05/10/2009.

¹⁴⁵ DROPA, Romualdo Flávio. Direitos Humanos no Brasil: *Exclusão dos homossexuais*. Disponível em: < http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanoshomo.htm#_ftnref1> Acesso em: 18 de abril de 2010.

levada a efeito. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para o tratamento desigual. Primeiro, porque a capacidade reprodutiva, premissa basilar em que sempre esteve apoiado o direito de família, não mais constitui finalidade indeclinável da constituição dos vínculos familiares. O próprio Diploma Civil não faz qualquer referência à procriação como pressuposto ensejador da união estável. Segundo, o hodierno enfoque dado à família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes. Nas palavras de Barroso:

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional.¹⁴⁶

À vista de tais considerações, a inexistência da possibilidade de gerar filhos não impede que se reconheça a união homoafetiva como merecedora da especial tutela do estado. Quando duas pessoas são unidas por um vínculo afetivo duradouro, público e contínuo, é inegável que formem um núcleo familiar à semelhança da união estável. Portanto, não se pode legitimar a sua exclusão da categoria de entidade familiar ou do regime jurídico da união estável, se há identidade de motivos entre estas relações e os elos heterossexuais.

Há, ainda, os que se negam a conferir *status* de família aos pares homoafetivos por acreditarem que estes contrariam os valores morais e cristãos. Entretanto, um Estado que preconiza os princípios de liberdade religiosa (CF, art. 5.º, VI) e da laicidade (CF, art. 19, I) não pode basear o exercício de seus atos em concepções morais e religiosas, ainda que cultivadas pela maioria.¹⁴⁷ É intuitivo que tal discurso não prevaleça.

Como se vê, a mesma resistência enfrentada pelos relacionamentos informais ecoa quanto às relações de pessoas com identidade de gênero, sobretudo quando se deparam com o

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/baroso,_luis_roberto_--diferentes_mas_iguais.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2010.

¹⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 151.

conservadorismo da Justiça. Muitos dos fundamentos para coibi-las são de natureza processual. Com efeito, a maioria dos juízes, sob a desculpa de ausência de regramento legal, insiste em aplicar as normas referentes à sociedade de fato, estribando-se no artigo 981 do Código Civil¹⁴⁸. Outros declinam da competência, remetendo à vara cível a demanda proposta no juízo de família. Há, também, sério risco de extinção do feito sem a resolução do mérito, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido¹⁴⁹. E, nesse sentido, a indiferença do Estado revela um juízo de desvalor, porquanto

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. (...) **A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno** (grifo nosso).¹⁵⁰

¹⁴⁸ CC, art. 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

¹⁴⁹ “DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BENS. PRETENSÃO INESCONDÍVEL DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. AVENTADA A DESERÇÃO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DEFERIDA CONCOMITANTEMENTE AO RECEBIMENTO DO RECURSO. PRELIMINAR AFASTADA. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, BEM COMO A DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PRIMEIRO PLEITO ANTE A FALTA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVERSIDADE DE SEXOS COMO UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DOS ARTIGOS 226, § 3º, DA CF/88 E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. **RECONHECIMENTO DA CARÊNCIA DE AÇÃO ANTE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO EX OFFICIO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RELAÇÃO A ESTE PEDIDO** (grifo nosso). EXEGESE DO ARTIGO 267, VI, DO CPC. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE DE FATO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA A DIVISÃO DO BEM COMUM QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA ACERCA DAS MATÉRIAS. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROCESSAMENTO DO FEITO POR UMA DAS VARAS CÍVEIS. RECURSO DESPROVIDO. Uma das condições que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. Dessa forma, a união homoafetiva juridicamente não existe pelo casamento, nem pela união estável, podendo configurar, todavia, se do interesse das partes, sociedade de fato.”(TJSC, AC 2007.036284-6, 3ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 29.08.2008).

¹⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/barroso,_luis_roberto_--diferentes_mas_iguais.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2010.

Não se pode, portanto, deixar de imprimir-lhes o devido respeito jurídico, mormente porque um dos objetivos fundamentais do Estado é promover o bem de todo e qualquer indivíduo, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outros modos de discriminação. Por fim, vale a ressalva de que a conservação do modelo convencional de família, concebido em torno da distinção de gêneros, não traduz a negação de outros núcleos familiares, dentre os quais, os homoafetivos. Na verdade, nestes se localizam os mesmos componentes caracterizadores das entidades familiares, de modo que, as afinidades sobrelevam as dessemelhanças.

2.5 AVANÇOS JURÍDICO-NORMATIVOS NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

2.5.1 Os Mecanismos de Integração como Parâmetros para as Decisões Jurisprudenciais

Como é cediço, além dos entraves de ordem dogmática e cultural, as uniões homoafetivas esbarram na absoluta ausência de regulamentação, seja em sede de legislação constitucional, como infraconstitucional, o que acaba por suscitar insegurança jurídica, na medida em que deixa à mercê da sensibilidade dos juízes a composição das lides que lhe são postas.

De outra baila, o fato de inexistir regramento específico para uma determinada circunstância não implica em inexistência do direito. Não se pode conceber alguma situação juridicamente relevante que escape a uma solução dentro do sistema legal. Com efeito, a ordem jurídica anseia por completude, e é pautada nessa pretensão que dispõe de um instrumento hábil ao preenchimento dos vazios normativos: cuida-se do processo de integração, por meio dos recursos à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

A determinação é assentada tanto na Lei de Introdução ao CC¹⁵¹ como no Diploma

¹⁵¹ LICC, art. 4.º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Processual Civil¹⁵², e impõe ao juiz a obrigação de solver os conflitos que lhe são trazidos, independentemente de regulamentação expressa. Destarte, na omissão ou lacuna da lei, deverá o juiz valer-se dos referidos mecanismos.

A analogia consiste em perquirir uma regra jurídica que rege uma dada situação e aplicá-la a uma outra similar, que não foi devidamente disciplinada. Para socorrer-se desse recurso, faz-se mister a observância de certos requisitos. O primeiro é a lacuna legislativa. Evidente a omissão da lei quanto à união homoafetiva. O segundo ordena que o caso não contemplado em lei (a união homossexual) tenha com o previsto (união estável), pelo menos, uma relação de paridade. Por último, tem-se o pressuposto da semelhança relevante, ou seja, não bastam afinidades aparentes, a razão fundamental de similaridade entre o caso previsto e o não regulado tem de ser verdadeira e real. Uma vez atendidos todos os requisitos, imperioso aplicar a interpretação analógica.¹⁵³

Neste diapasão, a solução dos conflitos advindos dos relacionamentos homoafetivos só pode encontrar subsídios em instituto familiar correspondente. Assim, buscando a aproximação reclamada, é certo que, entre as entidades que se encontram normatizadas, é com a união estável que as uniões homoafetivas mais se identificam.

Não bastaria, portanto, acolher a fórmula da mera sociedade de fato, tal como tem predominado na jurisprudência pátria. Sem embargos de reconhecer que há, pelo menos, interesses merecedores de tutela, demonstrando maior receptividade para a atribuição de seus efeitos, insta destacar que os princípios básicos e a idéia fundante não convergem para o mesmo eixo. Explique-se. O silêncio legislativo no que toca às uniões homoafetivas precisa ser colmatado por meio de normas que regem uma situação com idênticas características, quais sejam, as que regulam as relações familiares. Ora, a sociedade de fato é um instituto jurídico do direito das obrigações, e não do direito de família, o que, de pronto, já não autorizaria o recurso da analogia. Vide lição de Netto Lôbo:

Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito de família e não do direito das

¹⁵² CPC, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-155.

obrigações, tanto os direitos pessoais, quanto os direitos patrimoniais e quanto os direitos tutelares. Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo (...).¹⁵⁴

Averbe-se que a linha de entendimento que sustenta a equiparação das parcerias homoafetivas à união estável mediante expediente analógico encontra apoio na doutrina majoritária liderada por Maria Berenice Dias, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Enézio de Deus Silva Júnior, Roger Raupp Rios, entre outros. Na visão dos juristas, é cabível a forma integrativa da analogia, uma vez que as razões para atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade de sexo dos conviventes. Vecchiatti defende ainda o uso da interpretação extensiva, técnica hermenêutica que tem por fito expandir o sentido de um dispositivo legal no qual foi previsto apenas a situação mais comum.¹⁵⁵

Diante disso, uniões homoafetivas marcadas pelos mesmos caracteres da união estável, como afetividade, convivência *more uxorio*, deveres de assistência mútua e desígnio de constituir família, geram efeitos que não podem ficar à margem da lei. É, pois, viável e também justa a aplicação do critério analógico e/ou extensivo para incluir as relações homoafetivas no domínio da união estável.

O pioneirismo no reconhecimento das uniões homoafetivas e dos efeitos delas decorrentes, como uma nova espécie de família, tocou à jurisprudência. Nesta baila, merece registro a primeira decisão a aplicar analogicamente a legislação que regula a união estável ao vínculo homoafetivo, determinando, ante a presunção de mútua colaboração, a divisão igualitária do acervo patrimonial amealhado durante o período de convivência:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264 >. Acesso em: 25 de Maio de 2010.

¹⁵⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti *apud* DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 156.

Nelas remanesçam conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.¹⁵⁶

A ressonância da solução anteposta é cada vez maior nos julgados brasileiros¹⁵⁷. No entanto, o vanguardismo da decisão, que se deve à justiça gaúcha, expoente quando à admissão dos direitos homoafetivos, não alcançou a maioria dos tribunais. De fato, muitos dos pronunciamentos ainda se polarizam entre os que aplicam as normas referentes à sociedade de fato e os que estendem o regime da união estável às uniões homoafetivas, identificando nestas uma entidade familiar. Abaixo, destaquem-se duas decisões que bravamente reconheceram o seu caráter familiar, pela precisão com que enfrentaram os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição:

Ação Ordinária. União Homoafetiva. Analogia. União estável protegida pela Constituição Federal. Princípio da igualdade (não-discriminação) e da dignidade da pessoa humana. Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido procedente. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, **deve ser conferido o caráter de entidade familiar**, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e

¹⁵⁶ TJRS – AC 70001388982 – 7ª C. Cív. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – j. 14/03/2001. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=3&idJurisAssunto=27>>. Acesso em: 26 de maio de 2010.

¹⁵⁷ “Dissolução de sociedade e partilha de bens. Relação homossexual. Reconhecimento de união estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da igualdade entre todos. Uso da analogia autorizado pelo ART. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Perseguição dos objetivos de construção de uma sociedade justa, com o bem de todos. Reconhecimento do direito como instrumento garantidor da paz social. Verificação de elementos característicos da união estável, excetuando-se a relação homem mulher. Direitos constituídos. Reforma da sentença. Provimento do recurso” (TJRJ, 17ª C. Cív., AC 30.315, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j. 24.11.2004). Cf. recente acórdão do TJRO: “Rondônia - Apelação cível. Reconhecimento de união homoafetiva. Princípios fundamentais. Direito à pensão por morte. Dependência presumida. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre homem e mulher, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. É devida a pensão por morte ao companheiro, quando comprovada, por indícios complementados com prova testemunhal, o relacionamento homoafetivo estável até o óbito, caso em que se presume a dependência econômica” (TJRO, AC 0306550-68.2008.8.22.0001, rel. Des. Waltenberg Junior, j. 18/05/2010).

da dignidade da pessoa humana. O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito (grifo nosso).¹⁵⁸

Conflito Negativo de Competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meação. 2. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito. 1. "O *nomem iuris* conferido à petição, desde que adaptável ao procedimento legal, não implica em inadequação do meio processual" (TJSC, Apelação cível n. 2003.020538-1, da Capital, rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. em 09.12.2003). 2. "O direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par" (DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 68)3. "Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade." (TJRS, Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, rel. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, j. em 14.03.2001). 4. "O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável." (STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006). 5. **Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual, cenário que faz chamar a competência da vara especializada de família** (grifo nosso).¹⁵⁹

158

TJMG - AC 21.0024.06.930324-6/001(1), Rel. Des. Heloisa Combat, j. 22.05.2007.

159

TJSC, Conf. Comp. 2008.030289-8, 3.ª C. Civ., rel. Des. Henry Petry Junior, j. 20/10/2008.

Perceba-se que os colacionados acórdãos, mediante uma interpretação sistemática da ordem jurídica, invocam não só a analogia e os costumes, como também, e principalmente, os princípios gerais de direito, que são os valores superiores arraigados em sede constitucional, além de socorrerem-se dos preceitos imanentes às relações familiares, entre eles, os princípios da solidariedade, do pluralismo e da afetividade.

E, sem querer incursionar no debate acerca da (in) constitucionalidade da norma constitucional que elege a diferenciação de sexos como fator a delinear as entidades familiares, o certo é que, diante do aparente confronto entre esta e os princípios que a norteiam, é salutar a primazia destes, cuja dimensão metajurídica permite outorgar garantias e direitos indistintamente.

O reconhecimento dos vínculos homoafetivos como entidades familiares perpassa, pois, pela observância dos princípios de relevância geral, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Neste diapasão:

Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito.¹⁶⁰

De igual modo, faz-se mister o exercício de interpretação teleológica. É o que consagra o princípio da socialidade consubstanciado no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁶¹, impondo ao juiz que atente à pacificação social, ou seja, ao fim social e ao objetivo de alcançar o bem comum:

(...) Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como, ainda, a exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo real,

¹⁶⁰ TJRS - AC 70021637145, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j.13.12.2007.

¹⁶¹ LICC, art. 5.º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

humana, socialmente útil.¹⁶²

Outro importante passo no sentido de emprestar visibilidade às uniões homoafetivas como entidade familiar adveio da Corte do Rio Grande do Sul, ao deslocar a competência das Varas Cíveis para as Varas de Família para apreciar todas as demandas envolvendo relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo¹⁶³. Em Setembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar a possibilidade jurídica da ação de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não fez qualquer menção ao fato de a ação ter sido proposta perante o juízo de família, o que permite concluir que foi aceito o foro eleito¹⁶⁴. A posição foi acolhida por alguns Tribunais de Justiça, dentre eles, o do Maranhão, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. EQUIVALÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA. PARTILHA IGUALITÁRIA DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A CONVIVÊNCIA. ARTS. 1º E 5º DA

¹⁶² STJ, REsp 4987/RJ, 4ª T., j. 04.06.1991, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹⁶³ RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS – AI 599 075 496, 8ª C. Cív. Rel. Des. Breno Moreira Mussi, 17.06.1999).

¹⁶⁴ PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

LEI Nº 9278/96. NÃO PROVIMENTO. I – O STJ, recentemente, através da 4ª Turma, decidiu que a ação que busca a declaração de união estável na relação homoafetiva deve ser analisada à luz do Direito de Família, sendo competentes, portanto, as Varas de Família para processo e julgamento do feito; II – equiparando-se tal relação homoafetiva à união estável, nos termos do art. 1º da Lei nº 9278/96, deve ser mantida incólume a sentença que, à luz do art. 5º da referida lei, dissolveu a união e determinou a partilha igualitária dos bens; III – apelação não provida.¹⁶⁵

Todavia, a orientação que ainda prevalece é a de que a união homoafetiva configura sociedade de fato¹⁶⁶, inobstante alguns Ministros já sinalizarem outra posição, como o Ministro Gilmar Mendes, do TSE, que em 2004 reconheceu a inelegibilidade da companheira da prefeita de uma cidade do Pará, por não ter se licenciado seis meses antes da data do pleito¹⁶⁷, e o Min. Humberto Gomes de Barros, do STJ, ao julgar a possibilidade de inscrição do parceiro em plano de assistência médica¹⁶⁸.

Como se vê, à falta de qualquer amparo normativo-positivo em nosso país, a saída

¹⁶⁵ TJMA – AC 020371/2008, 3ª C. Cív. Rel. Des. Cleones, j. 18/12/ 2008. Cf. “Conflito negativo. Cível e família. União homoafetiva. Pedido declaratório. Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários. Ausência de discussão patrimonial. Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito. Aplicação do art. 4o da lei de introdução ao Código Civil. Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Art. 227, § 3o, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva. Proteção à família, em suas diversas formas de constituição. **Matéria afeta ao Juízo da Família** (grifo nosso). Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado” (TJSP, CC 170.046.0/6, Ac. 3571525; São Paulo; Câmara Especial; Relª Desª Maria Olívia Alves; Julg. 16/03/2009; DJESP 30/06/2009).

¹⁶⁶ RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. **Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato** (grifo nosso), cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, Resp nº 648.763/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.12.2006).

¹⁶⁷ Frise-se que a CF veda aos cônjuges de Presidente da República, Governadores e Prefeitos concorrer a qualquer cargo eletivo. Cf. “Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeita. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento” (TSE, REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.10.2004).

¹⁶⁸ PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282-STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - **O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta** (grifo nosso). (STJ Resp 238.715-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.03.2006).

encontrada para resguardar os interesses homoafetivos tem sido o Poder Judiciário, o qual, buscando dirimir os conflitos que lhes são apresentados, valem-se da aplicação analógica, dos princípios constitucionais da igualdade - seja em sua acepção formal ou material -, da dignidade humana e da liberdade, bem como do direito de acesso à justiça.

Entretanto, quanto às uniões homoafetivas, a recalcitrância em reconhecer a existência de uma convivência afetiva, contínua e duradoura como fundamento das pretensões deduzidas em juízo leva à sua exclusão do âmbito do direito das famílias. A tendência é identificá-las somente como sociedades de fato, sob o manto do direito obrigacional, o que acaba por subtrair efeitos próprios das relações familiares, tais como alimentos, herança, usufruto, entre outros.

Impossível negar a origem de um vínculo, que, permeado de afetividade, ganha cada vez mais visibilidade. E, até que o legislador o regulamente, o juiz não pode se imiscuir de acompanhar os avanços sociais e as mudanças de padrões comportamentais, cerrando os olhos às novas realidades. Como é consabido, muitas vezes o reconhecimento de determinadas situações através do posicionamento reiterado de magistrados acaba por incidir nas modificações da legislação. Essa é a contribuição transformadora da jurisprudência. Isso ocorreu, aliás, com a própria união estável que, até o advento da CF, só encontrava abrigo nas decisões judiciais.

Pois bem, agora é a vez de se ter a mesma sensibilidade diante de uniões formadas por pessoas de mesmo sexo que se alicerçam nos mesmos pilares de todas as outras formas de convívio familiar, admitindo-as como entidades familiares.

2.5.2 A Contribuição do Legislativo

Conformando-se a legislação infraconstitucional com os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, já é possível vislumbrar o reconhecimento da união homoafetiva feminina como entidade familiar, através da Lei 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha. Isto porque, malgrado tenha objetivado a criação de mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher, foi a primeira norma infraconstitucional a trazer, em seu bojo, o moderno conceito de família.

Com efeito, conforme preceitua o seu art. 5º, inciso II, a família apresenta-se como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços

naturais, por afinidade ou por vontade expressa”, e ainda resguarda a mulher em “qualquer relação íntima de afeto” - inciso III, reconhecendo expressamente que a família não mais se constitui por exclusiva determinação biológica, mas por manifestação volitiva de seus próprios membros.

De outra baila, em duas oportunidades, alerta que sua aplicação independe de orientação sexual, *ipsis literis*:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual** (grifo nosso) renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...).

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual (grifo nosso)**.

Entendem muitos juristas, que, por assegurar proteção legal a situações que ocorrem no âmbito familiar, independentemente de orientação sexual, a lei acabou por imprimir alcance jurídico aos vínculos homoafetivos femininos.

Pode-se, assim, evidenciar uma abertura do legislador a abarcar essas uniões como entidade familiar. E, embora voltada apenas às mulheres, não deixa de indicar um possível reconhecimento das parceiras masculinas. Como afirma Maria Berenice:

Ainda que a nova lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se o reconhecimento de se trata de uma família.¹⁶⁹

Ainda que expressiva, a pretensão positivadora de salvaguardar as parcerias homoafetivas é insuficiente. A questão é complexa porque implica em modificar regras do

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1361&isPopUp=true> Acesso em: 24 de maio 2010.

direito das famílias. E quando se trata de relações afetivas, a missão é muito mais delicada em face de seus reflexos comportamentais na própria estrutura da sociedade.¹⁷⁰ Logo, a reformulação normativa não depende só da iniciativa do Estado, ou da tendência quantitativa da jurisprudência, mas da provocação participativa da sociedade, que precisa romper com suas tradições e amarras.

No âmbito federal, a primeira tentativa de legalizar as uniões homoafetivas em nosso país foi o Projeto de Lei 1.151/95, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy. O projeto, espelhando-se na legislação que proliferava mundo afora, disciplinava a união civil entre pessoas do mesmo sexo, sob o slogan “Um legítimo direito de cidadania”.

De acordo com a própria justificativa do projeto, ele não pretendeu atribuir *status* de casamento às parcerias homossexuais, e sim, conceder amparo às pessoas que o firmam. Nos dizeres de Suplicy, se todos tem direito à felicidade, não há porque negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade.

O Relator do Projeto apresentou substitutivo, que alterou o cognome para “parceria civil registrada”, por considerá-lo mais apropriado à convivência homossexual, além de impor algumas limitações, como obstar a adoção, guarda ou tutela de menores aos homossexuais.

De tal ordem é a polêmica que cinge o tema, que o Projeto encontra-se em plenário, pronto pra ser incluído na ordem do dia, desde 31.05.2001, sendo sequer submetido à votação.

Em 27.11.2008, durante o V Seminário Nacional LGBTTT, nas dependências do Senado Federal, foi apresentado substitutivo ao Projeto da Parceria Civil, o Projeto de Lei 4.914/2009, propondo que seja acrescentado o artigo 1.727-A ao Código Civil, nos seguintes termos: “Art. nº 1.727 - A - São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

Outro Projeto de Lei em tramitação é o 2.285/2007, conhecido como o "Estatuto das Famílias". Trata-se de proposta legislativa que visa regular os aspectos cíveis e processuais das relações familiares, além de inserir a união homoafetiva no âmbito de proteção legal, reconhecendo-a como entidade familiar equiparada à união estável. Sua aprovação

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 130.

representaria, pois, uma das mudanças mais significativas na esfera protetiva dos direitos homoafetivos.

Outrossim, Constituições Estaduais e Leis Municipais estão inserindo disposições que, de forma explícita, coíbem discriminações por orientação sexual. É o caso, por exemplo, das Constituições Estaduais de Alagoas e Pará, da Lei Orgânica de Porto Alegre, e outras tantas legislações nesse sentido.

Destaque-se também a importância da ADI 4277 – Ação Direta de Inconstitucionalidade - proposta pela Procuradoria Geral da República buscando a extensão dos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis às uniões homoafetivas, e o seu reconhecimento como entidade familiar.

Ao revés, encontram-se arquivadas duas propostas de Emenda Constitucional que buscam afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas, quais sejam, a PEC 66/2003¹⁷¹ e PEC 70/2003¹⁷².

Como se vê, muitos projetos se lançaram na peleja de cancelar as uniões homoafetivas. Uns não lograram êxito. Outros ainda aguardam apreciação. A verdade é que a enorme resistência em aprovar qualquer projeto de lei que as enlace evidencia postura discriminatória e preconceituosa, provinda especialmente das forças conservadoras que lideram algumas bancadas do Congresso Nacional. Ignoram o fato de que a inércia legislativa em amparar a cidadania destes grupos minoritários os relega à marginalidade, além de sujeitá-los à boa vontade da justiça.

Destarte, em que pese o reconhecimento de alguns direitos em sede estadual e municipal, a insurgência de regulamentação é de outra ordem. Espera-se que, como em outros países, se estabeleça uma legislação amadurecida e adequada para abrigar as uniões homoafetivas, *a priori*, porque constituem um fato social relevante e inegável, e o Direito como ciência não deve se eximir de valorá-lo, *a posteriori*, porque a pertinência da positivação do Direito não reside na causa, mas na solução dos conflitos.

¹⁷¹ Dá nova redação aos arts. 3º e 7º da CF, incluindo entre os objetivos fundamentais do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual. Também insere entre os direitos sociais a proibição da diferença por motivo de orientação sexual.

¹⁷² Altera o § 3º do art. 226 da CF, para afastar a expressão “entre um homem e uma mulher” do dispositivo que prevê a união estável.

3. ADOÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

3.1. ARGUMENTAÇÃO CONTRÁRIA E FAVORÁVEL

O direito à homoparentalidade - direito a uma maternidade ou paternidade estendido aos homossexuais - é, sem dúvida, dentre todos os temas que cingem as questões homoafetivas, o que mais suscita controvérsias, mesmo entre os que enxergam nas parcerias uma expressão da afetividade.

De tal extensão é a polêmica em torno do assunto, que muitos Projetos de Lei tencionam proibir a adoção por pares homossexuais, dentre eles, o PL 4508/2008, de autoria do deputado Olavo Calheiros. Segundo o documento, a adoção poderá ser formalizada apenas por casal que tenha comprovado o casamento oficial e a estabilidade da família, sendo vedada a adoção por homossexuais. Em sua justificativa, o deputado argumenta ser necessário proteger a criança adotada da possível exposição a situações que possam influir na sua formação, acrescentando que toda criança deve ter direito a um lar constituído de forma regular, de acordo com os padrões da natureza.

O argumento contrário mais comumente invocado diz respeito ao potencial risco de seqüelas na formação da personalidade do adotando, em face da ausência de referenciais materno e paterno, o que poderia, eventualmente, interferir na sua própria identidade sexual¹⁷³. Na visão de Czajkowski *apud* Fernanda de Almeida Brito:

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

¹⁷³ Em 1999 o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro recorreu da sentença que deferiu a inscrição do professor homossexual assumido no cadastro para adoção, sob a alegação de que a personalidade e o caráter da criança poderiam ser prejudicados. O fato de o professor informar sua opção sexual acabou contribuindo positivamente para o juiz dar o seu aval, considerando uma prova de caráter e honestidade (WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da Adoção*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 187). Do mesmo modo, em 2008, na Região de Murcia, sul da Espanha, um Juiz não concedeu a um casal de lésbicas o direito de uma delas adotar legalmente a filha biológica da parceira, aduzindo que ‘a condição homossexual prejudica os menores e aumenta sensivelmente o risco de que eles também se tornem homossexuais’. Foi suspenso do Conselho Geral do Poder Judicial (CGPJ). Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2162>> Acesso em: 03 de junho 2010.

da sexualidade do menor. A afirmativa de que a homossexualidade é uma opção, livremente manifesta por qualquer um, não pode ser levada em consideração, já que o adotante quer no papel de pai se for homem, quer no papel de mãe se for mulher, com certeza influenciará e condicionará o comportamento do adotado.¹⁷⁴

Ainda, Arnaldo Marmitt afasta a viabilidade da adoção homoafetiva, nos seguintes termos: "se de um lado não há impedimento contra o impotente, não vale o mesmo quanto aos travestis, aos homossexuais, às lésbicas, às sádicas, etc., sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condizem mais com o aspecto moral, natural e educativo".¹⁷⁵

Tais alegações tem sido refutadas por pesquisas que estudam a dinâmica de famílias constituídas nesses moldes, demonstrando que não passam de crenças e temores infundados, desprovidos de qualquer cunho científico. É o que indica a literatura internacional citada por Berenice Dias:

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de quem vive em comunidade, em casamentos abertos, de mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos de pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais heterossexuais. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do seu papel sexual. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos, tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a tornar-se homossexuais.¹⁷⁶

Lidia Natalia Dobrianskyj traz à baila outros dados:

Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoção por casais homossexuais e afirmam que a saúde mental e a felicidade individual está na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida.

Mcintyre (1994) afirma que a pesquisa sobre a criação de crianças por pais homossexuais documenta que os mesmos são tão afetuosos quanto casais tradicionais.

¹⁷⁴ CZAIJKOWSKI *apud* BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 55.

¹⁷⁵ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 111.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 219.

Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homo e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social. Examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos criadas por mães homo (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional.¹⁷⁷

Como se observa, as análises supra declinadas não apontam qualquer ocorrência de desvios de conduta ou problemas psicológicos atípicos, decorrentes da falta da figura masculina e feminina. Elizabeth Zambrano *apud* Berenice Dias contribui para o afastamento deste ponto:

(...) a ausência de pais dos dois sexos não influencia o desenvolvimento da identidade sexual e psicológica dos filhos. O modelo de identidade das referências femininas e masculinas não fica prejudicado, pois é exercitado pela presença dos demais adultos envolvidos na vida da criança, como avós, professores, tios e amigos dos pais/mães.¹⁷⁸

Ademais:

Considerando-se, por exemplo, uma união afetiva estável entre duas mulheres, perceber-se-ão, em uma delas, características e sentimentos mais próximos do papel do gênero feminino e da maternidade, e, na outra, o contrário. A primeira encerrará o referencial simbólico materno, e a segunda, o paterno, dos quais a criança adotiva ou biológica necessitará. É justamente na acomodação intersubjetiva desses pólos feminino/masculino, materno/paterno, que, tanto um casal (homossexual ou heterossexual), como uma pessoa solteira (de qualquer orientação afetiva) adquirem condições de bem educar um ser humano, porque os ditos pólos ou papéis se referem a comportamentos e manifestações que a maternidade e a paternidade exigem e que se oferecem como referenciais para uma criança – não demandam, pois, a oposição binária com base no sexo biológico dos pais.¹⁷⁹

Destarte, qualquer pessoa é capaz de desempenhar, com destreza, os papéis materno e paterno. O fundamental para a criança e o adolescente é que haja alguém para desempenhá-

¹⁷⁷ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da Adoção*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 188.

¹⁷⁸ ZAMBRANO, Elizabeth *apud* DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

¹⁷⁹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 116.

los, não se exaurindo, pois, no sexo biológico daqueles que os exercem.

Tampouco dispõe de qualquer sustentação a tese de que a inclinação afetivo-sexual dos adotantes determinaria a da criança, sendo certo que esta se desenvolve por fatores que lhe são ínsitos, e não por induzimento do meio em que vive. De outra monta, conforme se depreende da realidade social de nosso país, a imensa comunidade de *gays* e lésbicas é oriunda de lares heterossexuais. Não raro filhos concebidos e educados em famílias ditas “convencionais”, formados por pares de gêneros diferentes, revelam-se adultos homossexuais.

Deste modo, a míngua de qualquer comprovação empírica de que a convivência familiar com pais/mães desencadeie complicações de ordem comportamental, moral, emocional e/ou psíquica nas crianças, de modo a prejudicar o seu sadio desenvolvimento, o projeto parental homoafetivo resta plenamente viável.

Outro aspecto considerado pelos opositores é a possibilidade de a criança ser alvo de repúdio ou escárnio por conviver e apresentar-se diante da sociedade com dois pais ou duas mães. Socialmente discriminada e estigmatizada por seus colegas de escola, vizinhos e comunidade em geral, poderia vir a experimentar danos emocionais e psíquicos irreversíveis. Compactua desse entendimento Débora Brandão:

(...) deve-se indagar se o deferimento dessa adoção pode gerar, a curto, médio ou longo prazo, deformações psíquicas e morais sérias ao adotado. Como avaliar o que é melhor para criança e para o adolescente? Pode ser que seja vexatório ser filho de homossexual, o que é bastante provável que o seja mesmo, tendo em vista, sobretudo, os primeiros anos escolares em que as chacotas dos coleguinhas são constantes. O adotado terá de se defrontar com duas condições adversas: ele é filho adotivo; seu pai é homem e sua mãe... É homem. Não se pode ignorar que é uma situação constrangedora, que requer da criança inteligência emocional sensivelmente grande para suportá-la.¹⁸⁰

Contudo, o fundamento não convence. Se assim o fosse, a mesma preocupação obstaría que negros, índios e outros grupos igualmente vítimas de preconceito concebessem filhos. Nesta esteira, negar aos pares homoafetivos o direito a uma maternidade/paternidade ficta só legitima e perpetua o *modus operandi* discriminatório. Lembre-se que as barreiras do preconceito não se arrefecem com a inércia, mas com embates diretos. Portanto, cabe a própria sociedade repelir tais condutas.

¹⁸⁰

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Rt, 2002, p. 98.

Há quem sustente também que a identificação dos adotantes de mesmo gênero no assento de nascimento do menor constitui impeditivo à adoção. Entretanto, por criar um vínculo parental que inexistente biologicamente, a adoção se afigura uma ficção jurídica. Assim, como admite trazer alguém relativamente estranho na qualidade de filho, conclui-se que também é possível a aposição de nome de dois pais e duas mães no registro civil do adotando. Cite-se o exemplo do registro que, por motivos diversos, consigna apenas o nome da genitora, o que não significa que o filho não tenha um pai. Ambos os casos não espelham a realidade fática. É o que defende Thaysa Halima Sauáia Ribeiro:

(...) Tal argumento também não pode prosperar enquanto impedimentos à adoção, posto que, o próprio instituto da adoção consagra-se pelo caráter de *fictio júris*. Assim, se a ficção legal prevista pelo legislador permite que se traga para o seio da família alguém completamente desconhecido para criar na qualidade de filho, sendo-lhe conferidos todos os direitos inerentes aos filhos naturais, também é possível admitir-se por completa ficção jurídica a possibilidade de aposição no registro civil de dois pais ou duas mães, se da adoção resultar efetivo benefício para o adotando, quebrando-se, via de consequência, mais um obstáculo e mais um preconceito.¹⁸¹

Na realidade, os posicionamentos elencados só refletem a face mais aguda do preconceito com aqueles que não se ajustam aos moldes de “normalidade” social. Ou, como aventa Aimbere Torres, aqueles que se não pertençam à categoria da totalidade, que vivem no entorno do Estado e por ele ignorados.¹⁸² Nos dizeres do autor, é a ontologia da totalidade a fonte do positivismo excludente:

A totalidade prefere não atribuir à condição de 'sujeitos de direito' aqueles que não se encontram emoldurados em seus arquétipos, deixando de reconhecer que as uniões homossexuais e a possibilidade de adoção por aqueles que mantêm relações homoeróticas não encontrem um lugar na família. A ordem jurídica interna de nosso Estado impede-os de se conectarem com as instituições jurídicas, tendo na igualdade de sexo a premissa justificadora de sua exclusão.¹⁸³

¹⁸¹ RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais. Equiparação à união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, março de 2010. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3790>>. Acesso em: 29 de maio 2010.

¹⁸² TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

¹⁸³ TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

Em outras palavras, em uma sociedade cujo sistema de valores e normas se estabelece com base “no” e “para” o arquétipo heterossexual, natural que exista a submissão de todas as formas de sexualidade e afeto ao modelo único da heterossexualidade. Com isso, repudia-se o fato de que determinadas categorias de pessoas não inclusas nesse padrão possam eleger livremente o par, e com ele formar uma família por meio da adoção.

3.2 DA (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA

O fundamento jurídico aduzido para não se acolher a adoção requerida por entidades familiares homoafetivas encontra-se inserto na nova redação do artigo 42 do ECA, trazida pela Lei 12.010/09, que estabelece em seu parágrafo § 2º: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

Como o ordenamento jurídico brasileiro não enfrenta, diretamente, a questão da homossexualidade, ora se infere da dicção do mencionado dispositivo que há vedação legal, posto que, tanto a legislação ordinária como o dispositivo constitucional condicionam a configuração da união estável ao oposto de gêneros, ora se ventila que a pretensão não se subsume a nenhuma norma, a tornar o pedido impossível, emergindo, desta feita, hermenêuticas excessivamente literais ou associadas a visões doutrinárias obsoletas. Para Brandão:

A necessidade da existência de um homem e de uma mulher é evidente. Portanto os homossexuais não podem adotar conjuntamente porque, em primeiro lugar, a lei não permite a convolação de núpcias e, em segundo lugar, porque não formam entidade familiar. Somente emenda constitucional tem o condão de permitir tal intento. Ora, a impossibilidade jurídica é flagrante, de modo que qualquer adoção deferida ao casal homossexual ocorre *contra legem*.¹⁸⁴

Frise-se, porém, que é inconteste a possibilidade de adoção pleiteada unilateralmente por homossexual, tendo em vista que, conforme reza o regramento infraconstitucional,

¹⁸⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Rt, 2002, p. 97.

qualquer pessoa maior de 18 anos pode adotar, independentemente de seu estado civil, e desde que atenda aos demais requisitos arrolados pelo ECA. Sequer menciona a orientação sexual como critério a abonar ou desabonar a sua conveniência. Assim, ante a resistência em se deferir a adoção conjunta, muitos homossexuais ingressam sozinhos com o pedido, para, posteriormente, seu par vir a postular o mesmo.

Todavia, ainda que silente a legislação pátria em autorizar a adoção homoafetiva, não se pode perder de mira que a impossibilidade jurídica de um pedido advém de expressa previsão legal. E, segundo a teoria de Hans Kelsen, tudo o que não é proibido é permitido. De fato, o Direito procura proibir determinadas condutas e o faz especificamente, de sorte que, se não estiver dentro das respectivas proibições, a conduta será admitida. Tal ocorre para regular o *modus vivendi* da coletividade.¹⁸⁵ Repise-se também que a lei “não acolhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação, portanto, o que a lei não proíbe não pode o intérprete inovar.”¹⁸⁶ Logo, não se pode impedir que um casal homoafetivo se despoje do direito de adotar se assim a lei não o determina.

É certo ainda que a inexistência de dispositivo legal reconhecendo o direito postulado não significa que o pedido seja impossível. Na hipótese de lacuna, o dever de julgar imposto ao juiz não conduz a tal conclusão.

Por outro lado, não se pode negar tal intento aos arranjos homoafetivos simplesmente porque a Constituição Federal não os comporta explicitamente como entidades familiares. Primeiro, porque o direito à paternidade/maternidade figura como um direito intrínseco a todo ser humano inspirado no respeito à dignidade humana. Segundo, como já explanado em tópico anterior, o paradigma familiar contemporâneo debruça-se nos princípios da pluralidade das formas familiares e na afetividade como elemento nuclear de suas relações, de sorte que, tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência de nossos tribunais vem conferindo uma interpretação extensiva ao artigo 226, § 3º, para além das espécies nele contempladas, o que permite reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, derivando daí o permissivo para a adoção.

¹⁸⁵ SILVA, Ana Cecília Hune da Costa Ferreira da. *Direito e Natureza na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16409/15973>>. Acesso em: 03/06/2010.

¹⁸⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: Edunisol, 2003, p. 153.

Diante dessas exposições, não há qualquer objeção de ordem jurídica à viabilidade do exercício do direito à paternidade ou maternidade por pares do mesmo sexo, senão as mesmas impostas aos casais heterossexuais.

A única ressalva real e objetivamente feita pela lei menorista consta de seu artigo 29, ao indeferir a inserção em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou viva em ambiente familiar desajustado, capaz de ensejar malefícios ao desenvolvimento da criança ou adolescente. E os riscos do insucesso na dinâmica familiar homoafetiva são os mesmos de uma família heterossexual.

Por essa razão, a vida e o modo concreto de vida do sujeito litigante é que devem ser avaliados, quando da apreciação de pedidos de adoção advindos de sociedade homoafetivas. Não se esqueça que a expressão “ambiente familiar adequado” é ampla, e concerne a uma gama de elementos objetivos e subjetivos, constituintes de uma base familiar consolidada. Destarte, se as condições emocionais, psicológicas, morais e econômicas convergirem à concessão do pleito, e, principalmente, houver a legítima intenção em propiciar ao adotando um lar dotado de amor, desvelo e integral assistência, pouco importará a composição do núcleo familiar.

Nesta esteira, o que deverá formar o convencimento do Juiz acerca da conveniência ou não da adoção requerida por casais do mesmo sexo, é se esta união efetivamente constitui uma família, interligada pelos pressupostos do afeto, da continuidade, durabilidade, respeito e assistência recíprocos. Caso as circunstâncias fáticas submetidas ao crivo de assistentes sociais e psicólogos atestem a viabilidade da medida, nada impede o recebimento do menor em família substituta, cujos titulares sejam homossexuais.

Deve-se sopesar também o que iria de encontro aos interesses públicos: permitir que crianças permaneçam institucionalizadas ou abandonadas nas ruas, sem qualquer perspectiva de sobrevivência social, ou efetivar-lhes o direito fundamental de todo indivíduo usufruir de uma vida familiar e comunitária, onde possa receber amor, afeto e outros cuidados fundamentais, ainda que proporcionados por pessoas que revelem orientação sexual destoante da convencional. Por óbvio, em atenção ao critério do superior interesse da criança e do adolescente e da melhor vantagem para o adotando, a colocação em lar homoafetivo lhe será muito mais benéfica.

Em que pesem os argumentos contrários à adoção por casais homoafetivos, as omissões legislativas, e a equivocada “impossibilidade jurídica do pedido” arguida por muitos juízes, atentando-se para os preceitos que reclamam a aplicação da lei ajustada à realidade social, uma construção jurisprudencial vanguardista vem emergindo e se mostrando tendente a consolidar o direito à adoção aos conviventes homoafetivos, senão vejamos:

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.**¹⁸⁷

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.¹⁸⁸

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a

¹⁸⁷ TJRS, Apelação cível n. 70013801592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 05 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=26635&ano=2006>. Acesso em: 29 de maio 2010.

¹⁸⁸ TJPR – 2ª Câmara Cível – AC 529.976-1, Rel. Juiz Conv. D’Artagnan Serpa Só, j. 11.03.2009.

adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.¹⁸⁹

Da análise das jurisprudências expostas, percebe-se que todas elas trazem a questão do afeto tutelada como ponto central dos reais interesses do adotando, o que também sela de vez o entendimento de que a distinção de sexo é indiferente para a configuração de uma família. Não poderia ser diferente, uma vez que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente

¹⁸⁹

STJ, 4ª Turma, REsp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/4/2010.

consigna a afetividade como elemento imprescindível para se deferir a inclusão de um menor em família substituta por meio da adoção.¹⁹⁰

Contudo, a adoção por par homossexual ainda não encontra guarida na jurisprudência mansa e pacífica, e só o simples cogitar de sua possibilidade jurídica já é fato gerador de inúmeros questionamentos por parte de vários segmentos, notadamente o religioso. Existem até movimentos imbuídos de proibi-la. Só pra se ter uma idéia, em recente manifestação o Vaticano se posicionou de forma totalmente radical contra a homossexualidade. Campanhas lançadas a partir de documentos redigidos pelo então Papa Bento XVI, concitando políticos e parlamentares católicos da Itália, bem como dos outros países, a votarem contra leis que permitam regularizar a união civil homoafetiva e a adoção de crianças, alegando ser uma agressão irreversível a estas, contribuem de forma significativa para a manutenção do preconceito, haja vista a considerável influência da tradição católico-cristã na América Latina.

Infelizmente, a visão preconceituosa faz com que uma parcela considerável da sociedade tenha o seu direito constitucional de ter uma família sonogado pelo simples fato de ser homossexual. É preciso abandonar de vez as idéias retrógradas, pois da mesma forma que a lei não traça diferenças quanto à orientação afetivo-sexual, não deve fazê-lo o operador do direito.

3.3 A LEI 12.010/09 E A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: A OPORTUNIDADE PERDIDA

A Nova Lei de Adoção, ao conferir nova redação ao § 2º do artigo 42 da norma da infância (para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família), contempla a união estável em detrimento da expressão "concubinos" e mantém a adoção conjunta.

No entanto, retirou do projeto original o dispositivo que estendia a adoção aos casais homossexuais, indo, inclusive, na contramão das decisões jurisprudenciais. Tal ocorreu em razão das ameaças de parlamentares evangélicos, que obstariam a votação caso viesse a

¹⁹⁰ ECA, art. 28, § 3º: “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de **afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (grifo nosso).”

constar na proposta, o que é flagrantemente vergonhoso. Nas palavras de Maria Berenice:

(...) perdeu o legislador a bela chance de explicitamente admitir — como já vem fazendo a jurisprudência — a adoção homoparental. Nada, absolutamente nada, justifica a omissão. Para conceder a adoção conjunta, de modo pouco técnico, fala a lei em “casados civilmente” (ECA 42, § 2º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é. Também é confrontado o preceito constitucional ao ser exigida a comprovação documental da união estável (ECA 197-A, III). É instituto que não requer prova escrita. Trata-se de situação fática que se caracteriza pela convivência entre pessoas que têm o desejo de, entre si, constituir família. É o que basta. De qualquer modo, apesar da aparente limitação, tais dispositivos não vão impedir que casais homoafetivos continuem constituindo família com filhos por meio da adoção porque também se refere à adoção conjunta para os que vivem em união estável.¹⁹¹

Embora não exista impedimento no substitutivo para a adoção por casais homoafetivos, essa tomada de posição levada a cabo em relação aos homossexuais se consubstancia numa forma de exclusão do reconhecimento do outro, e deixa ao alvitre do aplicador da lei o deferimento da medida. Com isso, malferir seu direito à cidadania, sem falar na ofensa ao direito personalíssimo à paternidade e maternidade. Nessa esteira a mesma autora pontua:

Negar a paternidade homoparental é retroceder um século, é voltar ao odioso sistema originário do Código Civil de 1916, que negava reconhecimento aos filhos espúrios. Ou seja, punia-se o filho por ter sido concebido fora do casamento. Descabido nos dias de hoje, em que o bem maior assegurado na Constituição Federal é o respeito à dignidade da pessoa humana, simplesmente excluir o direito à identidade familiar pelo só fato de alguém, em vez de um, ter dois pais ou duas mães. Não ver essa verdade é punir com a invisibilidade, mecanismo de nítido caráter punitivo para negar direitos.¹⁹²

De outra baila, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 erigiu a Dignidade da Pessoa Humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, impondo o respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem, fundamentais do

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Disponível em: < <http://gay.com.br/tag/lei-da-adocao/>>. Acesso em: 04 de junho de 2010.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=383&isPopUp=true> Acesso: 09 fev. 2010.

homem “no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*.”¹⁹³ Corrobora Enézio de Deus:

Formado por seres humanos que se amam, para além de qualquer restrição discriminatória, determinado grupo familiar já está sob a chancela protetora da nova ordem constitucional, a partir da sistemática do referido artigo 226, em sintonia com a base principiológica da Constituição Federal, que tem na dignidade da pessoa humana o seu eixo central de sustentação. E a potencial nova lei de adoção, no que tange ao entendimento sobre família, segue a mesma direção constitucional - ampla¹⁹⁴.

Ainda, a regularização da adoção homoafetiva ajudaria a mitigar o drama de milhares de crianças institucionalizadas, relegadas ao abandono moral e material, que anseiam por proteção e amor. Não se pode negar, mormente àquele que é órfão e sofre com a angustiante expectativa de que alguém manifeste interesse em adotá-lo, a chance de se inserir em um contexto familiar. De igual modo, representaria uma oportunidade para aquelas crianças que não correspondem ao “perfil” desejado e indicado pela maioria dos pretendentes. Isto porque os homossexuais, talvez por já viverem em um sistema excludente e preconceituoso, impõem menos restrições quanto à idade, cor/raça, origem, ou sanidade física/mental, de forma a propiciar um lar a quem não é privilegiado por tais fatores. Para tanto:

[...] Caberá à sociedade recepcionar a nova Lei e, à melhor doutrina, debruçar-se sobre a mesma, sem as restrições da literalidade ou do preconceito limitante. Neste sentido, esperamos que tal diploma seja interpretado à luz da Lei Maior e dos seus princípios, de modo a atender aos superiores interesses das crianças e adolescentes excluídos e, enfim, de forma a vir ao encontro dos anseios de todos os segmentos populacionais envolvidos. Tudo dependerá de quem o decodificará e o aplicará. Eis mais um desafio posto.¹⁹⁵

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. – 24ª ed.rev. atual. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004, p.178.

¹⁹⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Nova Lei da Adoção e Homoafetividade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=533>> Acesso em: 04 de junho de 2010.

¹⁹⁵ Ibid.

Por todo o exposto, é inegável que a recalcitrância do Legislativo em conferir regramento específico à adoção homoafetiva, quando teve a chance de fazê-lo, não encontra outra justificativa que não o preconceito, respaldado em convicções morais e religiosas. Passada a oportunidade, resta agora esperar o reconhecimento da união civil das parcerias homoafetivas, para que, por via reflexa, lhes seja estendido o direito à paternidade/maternidade ficta.

CONCLUSÃO

Após delinear o instituto da adoção, registrar o redimensionamento do direito de família e suas implicações no campo das relações homoafetivas e traçar as interfaces da adoção homoparental, chega-se ao inexorável entendimento de que a negativa de natureza familiar às ditas uniões, e, por conseguinte, do direito à Adoção, se baseia única e exclusivamente, ainda de que de forma silente, no preconceito.

A postura omissiva do legislador em não estender tal direito às entidades familiares homoafetivas que se afiguram uma união notória, contínua e capaz de exteriorizar na afetividade, no respeito e na assistência mútua os motivos de sua constituição, é injustificável, e, porque não dizer, inconcebível, diante de um Estado adjetivado como democrático. Nada poderia autorizar o silêncio da lei, que sequer atentou ao que vinha decidindo a justiça.

Não se pode olvidar que, inobstante vigore em nossa sociedade o arquétipo heterossexual, o direito à paternidade/maternidade é um direito ínsito ao ser humano, portanto, inspirado no respeito à dignidade da pessoa humana. Neste particular, não tem o critério afetivo-sexual o condão de extirpar o direito à adoção homoparental, o que também vai de encontro a outros princípios igualmente fundamentais, como a igualdade, a não discriminação e o acesso à justiça.

Também no esteio dos direitos fundamentais, nota-se a fixação de um intrincado sistema protetivo da infância, orientado pelo princípio do Melhor Interesse da Criança e pela Doutrina da Proteção Integral. Quanto à inserção de menor em família homoafetiva, desde que identificados pontos convergentes à medida, de sorte que, tais critérios restem observados, óbice algum há à sua conveniência. Ao contrário, preenche as mesmas necessidades e alcança os mesmos benefícios dados às crianças que são adotadas por famílias nos moldes tradicionais.

Neste contexto, suplantar toda a gama de preconceitos impedindo que idéias retrógradas, pautadas em convicções religiosas ou morais desprovidas de qualquer embasamento determinem o destino de um menor, é, da mesma forma, garantir o seu melhor interesse. Destarte, manifestando-se a adoção como típico instituto de proteção, cujos

jurisdicionados são adolescentes e crianças tolhidas de seu direito à convivência familiar e estigmatizadas pelo abandono, é indubitável que, entre permitir que assim permaneçam e oferecer-lhes a oportunidade de um lar afetivo e bem estruturado, ainda que proporcionado por pessoas que revelem orientação sexual destoante da convencional, é este que deve preponderar.

De outra baila, como explanado no presente trabalho, o estatuto jurídico da família brasileira sofreu profundas e significativas modificações. A constitucionalização do direito deslocou para o seu centro de gravidade a realização personalística/sentimental de seus integrantes, em substituição ao escopo reprodutivo e/ou patrimonial. Com a promulgação da Carta Magna, o casamento cede espaço para novos arranjos familiares, e, embora não expressamente consignados, muitos outros insurgem lastreados no afeto. Logo, faz-se evidente o descompasso entre o hodierno contexto histórico-social, marcado pela repersonalização da família, e a legislação em vigor, que se recusa a conferir a adequada normatização aos relacionamentos homoafetivos, e, por via reflexa, o direito à adoção.

Com se observou, em que pese a lacuna legislativa, tanto em sede constitucional como infraconstitucional, não desistem os homossexuais de lutar pelo direito de constituir uma família. Felizmente, numerosa parcela do judiciário vem possibilitando a realização do sonho destas pessoas. Inclusive, recentemente, o juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude da nossa comarca, de forma totalmente desarraigada do formalismo jurídico, decidiu favoravelmente a uma adoção pleiteada por casal homoafetivo masculino.

Contudo, ainda que a jurisprudência pátria venha, paulatinamente, assegurando juridicidade aos reclamos dos parceiros homoafetivos que postulam a adoção, deixar ao arbítrio do aplicador da lei a concessão da medida se consubstancia numa forma de exclusão do reconhecimento do outro. Como resultado, o homossexual se torna subcidadão, por não ver explicitamente previsto o seu direito a ser pai ou mãe.

Por esta razão, frente à recalcitrância do Legislativo em seguir a trilha vincada pela jurisprudência e conferir regramento específico à adoção homoafetiva, quando teve a oportunidade de fazê-lo, resta aguardar que, em um futuro não muito longínquo, tal direito venha acompanhado do reconhecimento formal das uniões homoafetivas pelo Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Theo. *Os Homossexuais e a Aceitação social. Uma Trajetória Contra o Preconceito*. Disponível em: <<http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>>. Acesso em: 14 de Abril de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109>. Acesso em 09 fev. 2010.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspecto jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 de Maio de 2010.

_____. Lei. 12.010, de 03 de Agosto de 2009. *Dispõe sobre Adoção*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 12 de Maio de 2010.

_____. Lei. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 de Maio de 2010.

_____. Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil Brasileiro*. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm><. Acesso em: 12 de Maio de 2010.

_____. Lei. 11.340, de 07 de Agosto de 2006. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 28 de maio de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 889.852-RS*. Órgão julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 27/4/2010. Disponível em<<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 29 de maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 820475/RJ*. Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., Data de julgamento: 02/09/2008. Data de publicação 06/10/2008. Disponível em:<http://www.tj.rj.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.phpcodigo=26635a no=2008> Acesso em: 29 de maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 648.763/RS*. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Data de julgamento: 07.12.2006. Disponível em:<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.phpidJurisAssunto=1&idJurisSubAssunto=2>> Acesso em: 29 de maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 238.715-RS*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Data de julgamento: 07.03.2006. Disponível em:<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.phpJurisAssunto=1&idJurisSubAssunto=2>> Acesso em: 29 de maio 2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *REsp. Eleitoral 24.564*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento 01.10.2004. Disponível em:<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.phpidJurisAssunto=17&idJurisSubAssunto=18>>. Acesso em: 06 de junho 2010.

BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. *As entidades familiares na Constituição*. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 18 de Maio de 2010.

COSTA, Wellington Soares. *Com palavra, a Igualdade*. Disponível em:<<http://www.espacoacademico.com.br/094/94costa.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção Homoafetiva*. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=479&isPopUp=true>>. Acesso: 05 fev. 2010.

_____. *Filhos do afeto*. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=383&isPopUp=true>Acesso em: 09 fev. 2010.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual, e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª ed.rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1361&isPopUp=true>Acesso em: 05 fev. 2010.

DINIZ, Maria Aparecida Silva Matias. *Adoção por Pares Homoafetivos: Uma Tendência da Nova Família Brasileira*. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12059>>. Acesso em: 14 nov.2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos Humanos no Brasil: Exclusão dos homossexuais*. Disponível em: <
http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanoshomo.htm#_ftnref1> Acesso em: 18 de abril de 2010.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004.

FILHO, Artur Marques da Silva. *Adoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FILHO, Waldyr Grisard. *Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?* Disponível em <
http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf > Acesso em: 25 mar. 2010

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. Revista da Ajuris nº 88, ano XXIX, tomo I, Dezembro de 2002.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito de Família*. 9ª Ed. Atualizada de acordo com o novo CC – São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAÑA, Roberto B. *Além do desvio sexual*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

GUIMARÃES, Luiz Augusto de Freitas. *Sobre a homossexualidade na Grécia Antiga*. Disponível no site: < <http://novahomoacores.no.sapo.pt/notasdahistoria.htm#A>.> Acesso em: 13 de Abril de 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais* - Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LOURIVAL, José de Oliveira, SOUZA; SILVA, Liliane Cristina da. *União homoafetiva no âmbito jurídico do direito brasileiro: a travessia que não se completou*. Disponível em <<http://www2.uel.br/revistas/direitopub/index.asp>> Acesso em: 25 de abril de 2010.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Ação Cível 020371/2008*. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Cleones. Data de julgamento: 18/12/2008. Disponível em: <http://www.tj.ma.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.phpcodigo=26635&ano=2008>. Acesso em: 25 de maio 2010.

MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e homossexualidade*. Disponível em:< <http://www.direitohomoafetivo.com.br/DOUTRINA/NACIONAL/MATOS,%20Ana%20Carl>

a%20Harmatiuk.%20Filiação%20e%20homossexualidade..pdf>. Acesso em: 06 fev. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Ação Cível 529.976-1*. Órgão julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Juiz Conv. D'Artagnan Serpa Só, data de julgamento: 11.03.2009. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.phpcodigo=26635&ano=2009>. Acesso em: 19 de maio 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Dayvid Cuzzuol. *Novas figuras do Direito de Família*. Disponível em <<http://dayvidcp.blogspot.com/2009/01/direito-civil-novas-figuras-do-direito.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. *Breve histórico dos conceitos de adoção*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 07 fev. 2009.

PINTO, Flávia Ferreira. *Adoção por homossexuais*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 25 de março de 2010.

RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais. Equiparação à união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, março de 2010. Disponível

em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3790>>. Acesso em: 29 de maio 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento 599075496*. Órgão julgador: 8ª Câmara Cível. Relator: Breno Moreira Mussi. Data de julgamento: 17.06.1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=26635&a=1999>. Acesso em: 29 de maio 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70026584698*. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator (a): José Conrado de Souza Júnior. Data do Julgamento: 25/03/2009. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=26635&ano=2009>. Acesso em: 02 de maio 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível nº 70013801592*. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Data de julgamento: 05 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=26635&ano=2006>. Acesso em: 29 de maio 2010.

RODRIGUES, Humberto Rodrigues. *O amor entre iguais*. São Paulo: Mythos, 2004

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANCHOTENE, Paulo Roberto Tellechea. Justiniano I, o legislador. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 3, Nov. 2009. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n3/a4.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Conflito Negativo de*

Competência nº 1008.030289-8. Órgão julgador: 3.^a Câmara Cível. Relator Henry Petry Junior. Data de julgamento: 20/10/2008. Data de julgamento: 30/06/2009. Disponível em: <http://www.tj.st.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.phpcodigo=26635&ano=2009>. Acesso em: 09 de maio 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Conflito de Competência 1798690700*. Corte Especial. Relator Eduardo Gouvêa. Data do julgamento: 05 /10/2009. Data de julgamento: 30/06/2009. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.phpcodigo=26635&ano=2009>. Acesso em: 10 de maio 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Conflito de Competência 170.046.0/6*. Ac. 3571525. Órgão julgador: Câmara Especial. Rel^a Des^a Maria Olívia Alves. Data de julgamento: 16/03/2009. Data de julgamento: 30/06/2009. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/sitephp/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=26635&ano=2009>. Acesso em: 25 de maio 2010.

SCHAMANN, Paula Tasca. *Do direito à adoção por casais homossexuais*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2008_2/paula_tasca.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2010.

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

_____. *Nova lei da adoção e homoafetividade*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/DOCTRINA/NACIONAL/SILVA%20JÚNIOR,%20Enézio%20de%20Deus.%20Nova%20lei%20da%20adoção%20e%20homoafetividade..pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. – 24^a ed.rev. atual. – São

Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

SOARES, Orlando. *Direito de Família: de acordo como o novo CC* – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Claudecy de. *Homossexualidade*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/psisex.asp?rvTextoId=1121852661>>. Acesso em: 17 de Abril de 2010.

SOUZA, Rosângela de Moraes. Evolução histórica da adoção. *Revista Humanidades*, n° 27, 1992.

SPENGLER, Fabiana Marion. *União homoafetiva o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: Edunisul, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TONI, Cláudia Thomé. *Manual dos Direitos Homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

TORRES, Aimberé Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 216.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da Adoção*. Curitiba: Juruá, 1999.