



**Universidade de Brasília**

**Faculdade de Direito**

**VIVIAN NAVARRO CORRÊA DE LIMA**

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO DE MENORES POR  
HOMOSSEXUAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Brasília

2011



**Universidade de Brasília**

**Faculdade de Direito**

**VIVIAN NAVARRO CORRÊA DE LIMA**

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO DE MENORES POR  
HOMOSSEXUAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de monografia apresentado como  
requisito parcial para a obtenção do título de  
bacharel em Direito pela Universidade de  
Brasília. Orientador: Professor Pós-Doutor  
Valcir Gassen.

Brasília

2011

## **DEDICATÓRIA**

A todos que acreditam que o Direito pode ser, efetivamente,  
um instrumento de justiça.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, por estar sempre presente na minha vida, guiando os meus passos, abençoando as minhas escolhas e, principalmente, por me ensinar que, acima de tudo, está o amor.

Aos meus queridos pais, João Carlos e Leila, pelo exemplo de vida, pelo apoio e afeto incondicionais e por me ensinarem a importância da família na formação da personalidade individual.

Ao meu amado marido, Edmilson Junior's, que me fez acreditar que o amor tudo supera e faz da minha vida um agradável caminhar.

Aos meus irmãos, Simone e Caio Alexandre, pela companhia constante, pelo carinho eterno e por me ensinarem a amar as diferenças.

Ao Professor Valcir Gassen, por aceitar orientar-me e por incutir, mesmo de forma involuntária, a vontade de realizar o presente trabalho.

## **RESUMO**

A presente monografia é voltada ao estudo da adoção de menores no Brasil e da averiguação acerca da possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por pessoas homossexuais, seja individualmente ou em conjunto. As transformações sociais ocorridas ao longo da história e o advento dos Diplomas Universais de Direitos Humanos, que imprimiram uma nova forma de pensar o ser humano, provocaram profundas alterações no conceito de família. A consequência imediata se deu na mudança da função da família, agora fundada no afeto e na realização de seus integrantes. Esse novel modo de se contemplar a família, ao lado da promulgação da Constituição Federal de 1988, permitiu o alargamento de seu conceito, de modo a abranger uma diversidade de entidades familiares. Surgem, então, novos questionamentos no Direito de Família, como o direito homoafetivo familiar, que busca a aplicação aos homossexuais dos mesmos direitos concedidos aos heterossexuais, como o reconhecimento de suas relações socioafetivas como entidades familiares e o direito à homoparentalidade. Este trabalho trata especificamente da possibilidade jurídica de adoção de menores por homossexuais, partindo-se da premissa que deve ser concedida, independentemente do estado civil, tendo em vista que não há qualquer impedimento expresso na Constituição Federal ou na lei infraconstitucional, notadamente em virtude dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação. Por outro lado, invoca-se os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente para assinalar a harmonização de interesses do adulto homossexual pretendente à adoção com o do menor adotando, assim como a importância social do deferimento da adoção à homoafetivos.

**Palavras-chave:** 1. Adoção 2. Homossexuais. 3. Parentalidade 4. Filiação

## **ABSTRACT**

This monograph is devoted to the study of adoption in Brazil and the investigation on the possibility of adoption of children and teenagers by gay and lesbian people, either individually or as a couple. The social changes throughout history and the advent of the Human Rights, which led to a new way to think about people, caused profound transformations in the concept of family. Its immediate consequence took place in the function of the family, now based on the affection and the development of its members. This new approach to the family, along with the promulgation of the Constitution of 1988, allowed the extension of its concept, to cover a diversity of family entities. New questions then arise in Family Law, as the gay rights, which seeks to apply to homosexuals the same rights granted to heterosexuals, including recognition of their socio-emotional relationships as a family and the right to homoparenthood. This paper deals specifically with the legal possibility of adoption of children by homosexuals, starting from the premise that it should be granted regardless of marital status, given that there is no express prohibition within Constitution or the law, notably because of constitutional principles of human dignity, equality, freedom and non-discrimination. On the other hand, invoke the principles of full protection and the best interests of children and adolescents to demonstrate the harmonization of interests of the homosexual applicant for adoption and the interests of the children and teenagers, as well as the social importance of acceptance of the homosexual adoption .

**Keywords:** 1. Adoption 3. Homosexual. 4. Parenting 5. Filiation

## **SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 1 - DA ENTIDADE FAMILIAR .....	4
1.1 Análise histórica da conceção de família .....	4
1.2 Entidade familiar no Brasil .....	9
1.2.1 A pluralidade familiar, a afetividade e as novas entidades familiares frente à Constituição Federal .....	9
1.2.2 Famílias homoafetivas .....	24
1.2.2.1 O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal – considerações sobre a ADI 4227 DF .....	31
CAPÍTULO 2 - DA ADOÇÃO DE MENORES NO BRASIL.....	34
2.1 Aspectos históricos .....	34
2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Adoção de crianças e adolescentes no Brasil .....	38
2.2.1 Princípios e direitos fundamentais da criança e do adolescente .....	38
2.2.1.1 Princípio da proteção integral .....	38
2.2.1.2 Princípio do melhor interesse do menor .....	40
2.2.1.3 Direito à dignidade e à liberdade.....	41
2.2.1.4 Direito à convivência familiar e comunitária.....	44
2.2.2 As normas da Lei nº 8.069/1990 em relação à adoção de menores .....	46
2.2.2.1 Adoção: uma das modalidades de colocação em família substituta .....	47
2.2.2.2 Requisitos da adoção .....	51
2.2.2.2.1 Do adotando .....	51
2.2.2.2.2 Do adotante .....	53
2.2.2.2.3 Do juiz .....	55
2.2.2.2.4 Do estágio de convivência .....	55
2.2.2.2.5 Do cadastro de adoção .....	56
2.2.2.3 Do procedimento da adoção.....	58
2.2.2.3.1 Da habilitação.....	58
2.2.2.3.2 Do processo da adoção de menores.....	61
2.2.2.4 Dos efeitos da adoção estatutária .....	63

CAPÍTULO 3 - DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR HOMOSSEXUAIS .....	65
3.1 Do direito à homoparentalidade à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação .....	66
3.2 Do direito à filiação .....	74
3.3 Da adoção por homossexuais em face da proteção integral ao menor .....	76
3.4 Da adoção por homossexuais em face do princípio do melhor interesse.....	78
3.5 Da suposta ingerência da orientação sexual dos pais homoafetivos na sexualidade de crianças e adolescentes e da dualidade de sexos para a formação infanto-juvenil .....	79
3.6 Da possibilidade jurídica de adoção de crianças e adolescentes por homossexuais à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente .....	83
3.7 Decisões emblemáticas .....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	103

## INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, a sociedade transcorreu diferentes caminhos que a levaram à formação das mais diversas organizações sociais e familiares. Nos últimos séculos, o movimento deflagrado pela Revolução Francesa acarretou uma nova concepção do ser humano, promovendo a centralidade na pessoa como sujeito de direitos a quem corresponderia um leque totalmente novo de direitos, considerados fundamentais e inafastáveis.

Surgiu, então, o Estado Democrático de Direito, compromissado em atuar em prol e para os seus jurisdicionados. No Brasil, essa novidade foi definitivamente internalizada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual declara, diante dessa nova concepção do Estado, a promoção do bem de todos os cidadãos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Estabeleceu-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, que ao lado dos princípios da liberdade e igualdade, determinaria o rumo a ser seguido pelo Brasil em todos os aspectos, inclusive jurídico.

A partir desses mandamentos insculpidos na Constituição Federal, promoveu-se verdadeira revolução na sociedade brasileira, principalmente no âmbito familiar. Os indivíduos, conhecedores de seus direitos e dos princípios proclamados na Constituição Federal brasileira, iniciaram uma busca incessante pela igual aplicação da lei e pela não-discriminação. Foi assim com os negros, com as mulheres, com os índios... Mais recentemente, após anos de marginalização, os homossexuais levantaram suas bandeiras em prol do reconhecimento de direitos iguais, antigamente apenas conferidos aos heterossexuais. Destacam-se, nesse contexto, as reivindicações na seara do Direito de Família, notadamente para o reconhecimento de uniões homoafetivas e do direito à parentalidade por meio da adoção.

Esses temas, ainda em discussão na sociedade brasileira, são realmente importantes por cuidarem do alargamento da incidência de certos direitos, que até pouco tempo sequer era cogitado. Trata-se, no íntimo, do autêntico sentido de democracia, onde questões assim devem ser debatidas, avaliando-se se a exclusão de um grupo de pessoas do amparo da lei é justificável.

A adoção, no direito homoafetivo, é um dos temas, senão o tema, que mais apresenta reações inflamadas, por envolver outras pessoas, mormente crianças e adolescentes. Por esse motivo, o assunto foi escolhido para ser estudo no presente trabalho. Contudo, por entender que a complexidade mais acentuada está relacionada à adoção por homossexuais de menores, em virtude de não poderem, por vezes, expressar a sua opinião sobre a adoção, não se adentrou na análise da colocação de maiores em família substituta, restringindo-se somente à de crianças e adolescentes.

A presente monografia objetiva analisar a possibilidade jurídica de adoção de menores por homossexuais, independentemente de seu estado civil, e está dividida em três capítulos: I – Da entidade familiar; II – Da adoção de menores no Brasil; e III – Da possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por homossexuais.

O primeiro capítulo é dedicado à análise da família e da mudança do seu conceito e de sua função ao longo da história e quais consequências essas transformações tiveram no Direito de Família pátrio. Em primeiro lugar, serão estudadas as novas conformações de família possíveis no sistema jurídico brasileiro, a partir a interpretação do artigo 226 da Constituição Federal face aos princípios e direitos fundamentais e do pluralismo de família, averiguando-se, por fim, se há a previsão para a existência da família homoafetiva no direito brasileiro. Ao final do capítulo, faz-se uma breve análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas e os desdobramentos desse julgamento.

O segundo capítulo é destinado ao estudo da adoção de menores na atual conjuntura brasileira, iniciando com breves aspectos históricos da adoção no Brasil e os avanços do instituto. Em seguida, procede-se a um estudo dos contornos da adoção frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, já incluindo as alterações trazidas pela Lei nº 12.010/2009, com fulcro nos princípios fundamentais concernentes aos menores introduzidos por essa norma.

No terceiro capítulo abordar-se-á especificadamente a questão da possibilidade jurídica da adoção de menores por homossexuais, a partir das idéias desenvolvidas nos primeiros capítulos, bem como do direito à parentalidade e à filiação. Após, o estudo da adoção por homossexuais prosseguirá com os princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor frente e da inexistência de comprovação científica tanto da ingerência da orientação sexual do adotante na identidade sexual do menor como da inaptidão dos homossexuais para exercer a parentalidade. Em seguida, a possibilidade jurídica será investigada por meio dos princípios estampados na Constituição Federal, do exame do artigo 227 desse diploma e dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que cuidam da adoção. Por fim, serão trazidas à baila algumas decisões pioneiros e emblemáticas sobre o tema.

## CAPÍTULO 1 - DA ENTIDADE FAMILIAR

### 1.1 Análise histórica da concepção de família

Antes de adentrar especificamente na questão da entidade familiar nos dias atuais, faz-se necessário analisar, mesmo que brevemente, a sua construção histórica, de modo a entendermos o seu atual estágio de desenvolvimento.

A estrutura familiar que hoje se apresenta sofreu, ao longo da história da humanidade, diversas mudanças, acompanhando as transformações ocorridas na própria sociedade, ocasionando, assim, constantes alterações nos paradigmas relacionados à família e à sua formação.

Os primeiros delineamentos a respeito da família como se conhece hoje podem ser encontrados na antiguidade, em Roma, onde o estado familiar da pessoa era extremamente importante para a formação social dos seus integrantes.

Na época, havia a prevalência do patriarcalismo, de modo que cabia ao homem exercer o *pater familias*, e detinha, portanto, autoridade para promover a sua organização social. Estando à frente da família, o homem acumulava “o exercício das funções públicas, sociais e religiosas” e possuía “a prerrogativa de decidir sobre a vida e a morte dos seus filhos” (OLIVEIRA FILHO, 2011, p. 3-4).

Sendo o homem a figura central da família romana, a mulher, considerada *alieni iuris*, não detinha capacidade jurídica, ficando, então, sob o poder da família de seu pai ou de seu marido, quando se casasse (MALUF, 2010, p. 13).

No ideário romano, família não se limitava apenas ao grupo de pessoas, vez que incluía, também, o seu patrimônio, aplicando-se, portanto, a “coisas e a pessoas” (ROLIM apud MALUF, 2010, p. 13).

A família romana era mais ampla, conforme descrito acima, a fim de atender a sua função econômico-político-religiosa, de modo que seu fim residia na subsistência dos seus

integrantes, na preservação da riqueza por meio da herança, na necessidade de se ter familiares masculinos para as honrarias ao falecido e na obtenção do *status familiae*, que possuía, entre suas consequências, a participação política na sociedade romana e obtenção da cidadania (LÔBO, 2011, 18-19; MALUF, 2010, p. 11-18).

Ademais, a família romana era alicerçada no casamento, embora não consistisse em um estado de direito, e sim de fato, com consequências jurídicas, bastando, para a sua formação, a “transferência da mulher para o *domus* do marido” DANTAS *in* MALUF, 2010, p. 14). Logo, o casamento se resumia a um ato consensual entre os nubentes, independentemente de qualquer formalização jurídica, mas que exigia, para a sua celebração, a exigência de dualidade de sexos, conforme se observa no Digesto e nas Institutas de Justiniano (MALUF, 2010, p. 15).

Importa notar, ainda, que no direito romano a família possuía certa flexibilidade, admitindo-se até mesmo a dissolubilidade da sociedade conjugal, porquanto se vislumbrava a possibilidade de divórcio em Roma, apesar de que este somente poderia ocorrer por vontade do marido, o que repisava a condição *alieni iuris* da mulher e o modelo patriarcal de família (LOUZADA, Flávio, *in* DIAS, 2011, p. 265).

Com o advento do Direito Canônico na Idade Média, esse padrão experimentou profundas modificações em sua estrutura, notadamente em virtude da crescente relevância da Igreja na sociedade medieval. O casamento, antes visto apenas como um ato consensual, transformou-se em sacramento e seu objetivo primordial assentou-se na procriação com vistas à conservação da espécie humana e à continuidade das gerações de determinada unidade familiar.

Nas palavras de Flávio Gonçalves Louzada (*in* DIAS, 2011, p. 265):

[...] A Igreja acabou sendo a única a julgar assuntos relativos a casamento, legitimidade dos filhos, divórcio etc. O casamento deixou de ser contrato para ser considerado sacramento. Assim, como a Igreja só aceitava o sexo dentro do casamento e com a finalidade de procriação, tudo o que se afastasse desta regra era contrário a Deus.

Devido a essa nova função da família, como “meio de garantir a perpetuação da espécie, dando garantia à máxima ‘crescei-vos e multiplicai-vos’” (VALADARES, 2005, p. 34), somente o casamento era aceito como entidade familiar, de modo que qualquer relacionamento fora desse contexto era inaceitável, desmerecedor de receber o *status* de família, e os filhos advindos de uma relação que contrariasse esse novo paradigma eram considerados ilegítimos.

Houve, então, uma supervalorização do matrimônio, resultando, outrossim, na inadmissibilidade da dissolução familiar (aceita no antigo direito romano), em função do forte poder e influência da Igreja nas relações afetivas e, consequentemente, as famílias de livre constituição foram marginalizadas, iniciando-se, nesse período, o preconceito de origem ideológica dogmática que se abateu sobre a sexualidade (SILVA JUNIOR, 2005, p. 127).

O sexo, restrito unicamente à geração de filhos dentro do matrimônio, havia sido convertido em pecado, implicando na condenação da prática sexual fora do casamento, e os filhos assim concebidos considerados bastardos e ilegítimos (DIAS, 2009, p. 39). A adoção de crianças e adolescentes era igualmente censurada pela Igreja, por julgar que a prole somente era legítima se originada exclusivamente do relacionamento sexual entre os cônjuges na constância do matrimônio. Por tal motivo, adotar uma criança ou um adolescente era reputado como uma afronta aos desígnios divinos, e um ato atentatório contra o matrimônio e a função a que ele servia.

A Igreja promoveu, desse modo, um engessamento do padrão familiar em todas as perspectivas, rejeitando qualquer formação diversa daquela por ela prescrita.

Mais tarde, a Reforma religiosa enfraqueceu a autoridade da Igreja sobre o casamento, conduzindo finalmente à perda do seu caráter sacramental mediante a revogação do Édito de Nantes em 1685 e possibilitando a regulação do instituto pelo Estado, que o transformou, posteriormente, em um contrato civil (MALUF, 2010, P. 22-23).

Nesse período, o surgimento do Estado laico, da doutrina do Direito Natural e do individualismo do século XVIII contribuiu para o estabelecimento de um regime social em que as políticas públicas não mais são legitimadas por instituições religiosas, e sim pela soberania popular (LOREA *in DIAS*, 2011, p. 37), viabilizando um modo diferente de pensar a família, mediante a coexistência de diferentes modalidades de entidades familiares.

Ao passo que a família foi se distanciando da autoridade religiosa, ocorrendo de forma mais intensa a partir do século XIX, também se libertou da concepção meramente procriativa, tendo o foco de sua constituição se voltado para a necessidade se de manter o *status social*, mediante o fortalecimento da unidade familiar a que cada indivíduo pertencia, com a realização de casamentos por interesses preponderantemente econômicos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 28), “Sendo uma entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos [...]”.

Não se admitia, contudo, outra forma de família além do casamento; as uniões livres entre heterossexuais permaneceram sem regulação e sequer se conjecturava o acolhimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo no seio da entidade familiar.

A mudança de costumes na segunda metade do século XX provocou nova revolução no modo de se ver a família, especialmente após a chegada do Estado social. A principal transformação, responsável pelas demais quebras de paradigmas que se seguiram, repousa no fato de a família agora fundar-se, sobretudo, no afeto. Embora as funções tradicionais (procracional e econômica) da família não tenham desaparecido por completo, seus papéis ficaram em segundo plano, e a razão está nos fatos sociais e históricos que se desenvolveram ao longo desse século, consoante esclarece Paulo Lôbo (2011, p. 20):

A família, na sociedade de massas contemporâneas, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e

remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.

Todos esses fatores supracitados, aliados ao nascimento de uma nova maneira de se pensar o ser humano, com a prevalência da valorização pessoal do indivíduo afirmada, inclusive, em distintos diplomas legais, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, que consagraram a liberdade, a igualdade, a fraternidade (solidariedade) e a não-discriminação, como os alicerces do novo sistema jurídico que se apresentava.

Os novos fundamentos, voltados à proteção da pessoa humana, estabeleceram diretrizes que iriam conduzir a vida das pessoas a partir de então e causaram a flexibilização do modelo de família, uma vez que o indivíduo, como figura central e valorizada, deveria ser livre para escolher o modelo que lhe mais aprouvesse, onde pudesse se desenvolver de forma livre e solidária, devido à função instrumental que a família passava a desempenhar.

A função instrumental da família, bem como a compreensão do afeto como finalidade primeira de sua constituição, permitiu o alargamento de sua acepção, que abraçou novos moldes de entidade familiar, democratizando o instituto.

No Brasil, a história da formação da família foi inicialmente determinada pela colonização portuguesa, que trouxe consigo a forte ingerência religiosa do século XVI nas relações afetivas e o entendimento do casamento religioso como único molde hábil a receber a benção do Estado e da Igreja, com o repúdio às demais formas de convivência que fugiam a essa regra. O citado protótipo religioso perdurou por longos anos, e ainda é perceptível os seus resquícios em nossa sociedade, mesmo após a chegada do estado moderno e da separação entre o Estado e a Igreja.

Nada obstante, nosso ordenamento jurídico avançou significantemente, acompanhando muitas das alterações de comportamento operadas na sociedade brasileira e internalizando algumas mudanças jurídicas efetuadas ao redor do mundo, mormente as

declarações universais dos direitos humanos, estabelecendo na seara jurídica pátria a valorização da pessoa humana como sujeito de direitos, e tendo como princípios orientadores a igualdade, a liberdade, a fraternidade ou solidariedade e a não-discriminação, com desdobramentos para o direito de família.

Percebe-se, nesse aspecto, a ampliação da família em relação ao conceito tradicional, abandonando-se a supremacia de um modelo único (o casamento) instituindo-se um conceito de família plural, que abarca uma multiplicidade de formatos familiares, como se verá a seguir.

## **1.2 Entidade familiar no Brasil**

Operou-se, de forma universal, um câmbio significativo no modo de se enxergar a família e a sua função perante a sociedade. Para fins deste capítulo e desta monografia, revela-se necessária a avaliação acerca da influência desses novas tendências familiares no ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.2.1 A pluralidade familiar, a afetividade e as novas entidades familiares frente à Constituição Federal**

Conforme visto anteriormente, a organização da família brasileira ocorreu em decorrência da colonização portuguesa, que trouxe o formato religioso em vigor na Europa naquele período, em que o casamento era a única conformação familiar cotada como legítima. Todavia, na esteira das mudanças que sucederam a respeito da definição de família ao longo dos anos, principalmente no que concerne a supremacia universal alcançada pelos direitos humanos e fundamentais, a família patriarcal entrou em crise, abrindo caminho para a família socioafetiva, fundada no afeto, na coordenação e comunhão de interesses de vida.

Em cada momento histórico é perceptível a nova nuance de valores que se destaca para a sociedade da época, bem como os desdobramentos que essa paleta de mudanças implica nas diversas áreas do conhecimento humano.

A compreensão de família, uma vez que esta se insere em um contexto social, dependerá, sempre, das idéias e valores dominantes em certo estágio da existência humana. De certa forma, a determinação de modelos de família a serem observados estará sempre sujeita a uma conjuntura histórica e aos avanços sociais experimentados pela sociedade.

O Brasil, tendo passado por diversas etapas da evolução social, influenciado, obviamente, pelas tendências mundiais e, por conseguinte, pelos movimentos ligados aos direitos humanos e à valorização da pessoa, seguiu, no que coube, os avanços no âmbito do direito de família, abandonando-se o conceito de família patriarcal, de composição da família por interesses econômicos ou por motivos de procriação, e alinhando-se ao pensamento contemporâneo da família.

Os ideais surgidos a partir das declarações universais de direitos humanos, propagando os valores do pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo, voltaram-se, como esclarece Maria Berenice Dias (2007, p. 38), “à proteção da **pessoa humana**. A família adquiriu **função instrumental** para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”. (grifos do original).

Nessa mesma esteira, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, afirma:

[...] A nova família não se encontra, no entanto, em crise, identificando-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como referências seguras, e se baseia nas noções de tutela da pessoa humana na dimensão existencial e socioafetiva. Trata-se da concepção eudemonista da família, que potencializa, desse modo, os liames de afeto entre seus integrantes, com nítida valorização das **funções afetivas da família**, tornando-se o refúgio privilegiado das pessoas humanas contra os problemas encontrados nas grandes cidades e decorrentes das pressões econômicas e sociais [...] (GAMA, 2008, p. 29, grifou-se).

Diante da nova função atribuída à família, houve uma completa mudança em seu significado, franqueando o alvorecer de novedades organizações familiares, em especial devido

à introdução da supremacia da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Operou-se, pois, o alargamento conceitual das relações familiares, com consequências inexoráveis no campo do direito de família, de modo a possibilitar a constituição de um sem-número de estruturas familiares, dando origem ao *pluralismo das relações familiares*.

A família contemporânea, baseada no afeto, estabelece “uma forma mais plural e menos conservadora, mais democrática e menos autoritária, mais humanizada e voltada para a valorização do homem e o respeito aos direitos humanos” (GAMA *citado por* MALUF, 2011, p. 30).

O afeto, a partir da valorização da pessoa humana, promoveu verdadeira repersonalização nas relações familiares, já que o seio familiar, agora como espaço da realização da afetividade, tornou-se o lugar para a perpetuação da felicidade, para o exercício da comunhão de vida e o desenvolvimento do indivíduo. Como preleciona Paulo Lôbo (2011, p. 27):

[...] Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.

E continua:

[...] O que interessa, como seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas (2011, p. 29).

Responsável pelas transformações recentes no direito de família, o afeto conquistou o patamar de primado constitucional regulador das atuais relações familiares, fomentando uma “variabilidade dos comportamentos sociais” que “ultrapassa a previsão legislativa e convida a uma reflexão propositiva no sentido de conferir a máxima proteção aos integrantes intercomunitários” (OLIVEIRA FILHO, 2011, p. 136).

Destarte, a designação do afeto como baliza para a formatação de uma família, como a razão primeira e determinante para a comunhão de vida, instituiu uma pluralidade de arranjos familiares em nossa sociedade.

Nada obstante, o pluralismo familiar não encontra abrigo exclusivamente na relação de afetividade, eis que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 226, a proteção especial do Estado a qualquer modelo de família, desde que presente a afetividade entre seus membros, o desejo de comunhão de vida de modo duradouro, estável, solidário e a realização da felicidade dos seus membros, como se pode constatar da leitura do dispositivo transscrito abaixo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
 § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.  
 § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.  
 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.  
 § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.  
 § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.  
 § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.  
 § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.  
 § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A partir da leitura do artigo reproduzido acima, evidencia-se que não há menção expressa a uma unidade familiar específica merecedora da proteção do Estado, ou a definição de família. Julgar que o legislador indicou as espécies de entidades familiares reconhecidas pelo Estado de forma taxativa e, dessarte, as considerou como as únicas aptas a receber proteção do Estado, é deveras incompatível com a atual ordem constitucional brasileira.

A história de nossas cartas políticas demonstra que o legislador brasileiro sempre que intencionou promover algum tipo de exclusão atinente a modalidades de entidades familiares o fez de forma categórica, como é visível no artigo 175 da Constituição de 1967.

Esta declarava explicitamente que a família “constituída pelo casamento” era tutelada pelo Estado, alijando, definitivamente, as demais conformações familiares de sua proteção.

O entendimento exposto acima foi invocado inicialmente pelo jurista Paulo Lôbo, que considera que a inexistência de referência expressa a um tipo determinado de família implica no desaparecimento da cláusula de exclusão presente nas constituições anteriores (2011, p.82).

Perfilhando esse entendimento, Maria Goreth Macedo Valadares acentua:

[...] Contrariando o texto da Constituição de 1967, em que apenas o casamento era considerado a base da família, a nova Carta Política abraçou a idéia de família plural, consagrada pelo art. 226, impedindo uma moldura rígida e imutável para a formação de uma família (2005, p. 35).

Demais disso, prever todas as situações afetivas hábeis a receber a proteção especial do Estado em face de seu caráter familiar seria uma atividade árdua e sobre-humana, considerando-se a complexidade das relações sociais e a velocidade em que novos modelos de família delas brotam. Demais disso, deve-se sempre lembrar que a vida não está para a lei, mas sim a lei para a vida, já que esta antecede a normatização jurídica (PEREIRA, 2005 *apud* VECCHIATTI *in DIAS*, 2011, p. 147).

Assim, é inevitável a constatação de ser o rol contido na norma ora em comento *exemplificativo*, sendo uma tentativa de pincelar algumas características que devem estar presentes nas relações afetivas para a sua identificação como família, citando aqueles modelos mais corriqueiros, como o casamento, a união estável e a família monoparental.

A regra, portanto, contida no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, não exclui as demais famílias da proteção estatal, pois como acentua Calmon de Passos, citado por Enézio de Deus Silva Junior (*in DIAS*, 2011, p. 113):

O direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos [...]. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O direito somente é enquanto processo de sua criação ou de aplicação no concreto da vivência humana.

O texto do referido dispositivo constitucional restringe-se, pois, a elucidar os requisitos necessários para uma relação socioafetiva ser considerada entidade familiar e, consequentemente, gozar da proteção especial do Estado exposta nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, eis que “não se pode ter por únicas verdades os modelos de família espelhados pelo direito” (MATOS *in DIAS*, 2011, p. 138).

Nesse sentido, é forçoso reconhecer a mudança do arquétipo de família no direito brasileiro inaugurado pela referida norma constitucional, estabelecendo a pluralidade de entidades familiares, não sendo admissível, em função disso, a exclusão de quaisquer arranjos familiares, mesmo daqueles não elencados no artigo 226.

A partir dessa reflexão, pode-se averiguar que o preceito contido no artigo 226 da Constituição Federal se trata de **norma geral de inclusão**, e não de clausura, “não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade” (LÔBO, 2011, p. 82-83).

Corroborando com essa assertiva, Chaves e Rosenvald salientam que os tipos dependem do cotidiano, das necessidades e dos avanços sociais para se concretizarem, estendendo, portanto, a todos os novos núcleos familiares que vão surgindo, a proteção especial do Estado (2008, p. 35).

Nessa senda, importante é também o apontamento efetuado por Vecchiatti, no sentido de que inexistem na ordem jurídica brasileira, à luz do disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, as proibições implícitas, de tal sorte que todo desígnio proibitivo deve ser expresso “ou então se tem a existência de mera *lacuna normativa*, passível de colmatação pela interpretação extensiva ou pela analogia [...]” (*in DIAS*, 2011, p. 142).

A cláusula geral de inclusão advém, como explicitado, da noção de que a família brasileira pós-moderna se funda no afeto, levando à se proclamar impreterivelmente a pluralidade de famílias, visto que todas as conformações sociais com o escopo de constituir

família, uma vez arrimadas no afeto, devem ser abarcadas pela proteção estatal. Não havendo, ademais, proibição inequívoca do acolhimento de outras conformações socioafetivas como entidade familiar, não se pode proceder à exclusão.

A cláusula geral de inclusão e a pluralidade de famílias encontram amparo notadamente nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade (SARMENTO, 2010, p. 124) e da não-discriminação, porquanto os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais não devem ser lidos de forma isolada, senão de forma sistemática, integrada, a fim de se obter o verdadeiro significado da norma, exercitando-se “uma hermenêutica crítica, construtiva e comprometida”, a fim de “materializar os direitos humanos e fundamentais consolidados” (FACHIN, Luiz; FACHIN, Melina, *in DIAS*, 2011, p. 121).

Em seu artigo 1º, III, a Constituição Federal instituiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e princípio fundamental, consistindo no alicerce do Estado de Direito.

A **dignidade da pessoa humana** é o princípio informativo de todo o sistema jurídico brasileiro, o seu valor maior, por representar uma qualidade intrínseca do ser humano, “o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular, aquelas que disciplinam o Direito de Família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social” (TEPEDINO, 1999 *apud* MATOS *in* HIRONAKA; TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 385).

Ingo Sarlet (2011, p. 73), ao discorrer sobre o assunto, propôs-se a moldar a concepção de dignidade da pessoa humana, lecionando ser

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [por meio do bem-estar físico, mental e social], além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Trazendo a definição de Ingo Sarlet ao Direito de Família, é de fácil dedução que todas as relações socioafetivas, dentro dos parâmetros delineados anteriormente, devem ser entendidas como entidades familiares, visto que a família, como base da sociedade, também concerne ao espaço de desenvolvimento afetivo, psíquico e social do ser humano. Destarte, alçar essas relações à condição de família é demonstrar o devido respeito a cada um de seus integrantes, garantindo-lhes uma porção significativa das condições existenciais mínimas do ser humano.

Essa assertiva está de acordo com as demais características da dignidade da pessoa humana, que, nas palavras de Luis Roberto Barroso (2007, p. 21), é o princípio que “ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na versão de integridade física como moral”.

Ademais, o autor explica que as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade e informa as duas principais possibilidades da idéia de dignidade:

[...] (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento” [...] (BARROSO, 2007, p. 21).

De se ver, então, que a dignidade, ao estar intimamente atrelada ao *ser* do indivíduo, à sua personalidade, determina a promoção do seu bem-estar em todos os aspectos, incluindo, assim, o seu pleno desenvolvimento e sua felicidade. Partindo-se da premissa de ser a família a base da sociedade (comprovada pela história da humanidade) e o solo fértil (e adequado) ao desenvolvimento da pessoa, conclui-se que o seu bem-estar está profundamente relacionado com a sua participação em um núcleo familiar.

Logo, tendo sido elevada à categoria de um fundamento da República, “nada pode haver no ordenamento jurídico pátrio que viole, negue ou restrinja a dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante constitucionalidade” (RAGAZZI; GARCIA *in DIAS*, 2011, p. 179). Criar, pois, obstáculos ao reconhecimento dos demais protótipos de família e negar-lhes a proteção estatal, consiste em grave afronta à dignidade humana e, igualmente, à Constituição Federal.

De mais a mais, permite-lhes o exercício da autodeterminação mediante a escolha íntima e pessoal do modelo que lhe agrada, definindo os sujeitos da relação e os contornos de sua família. Expressa-se, pois, a dignidade da pessoa humana na autonomia privada, derivada da igualdade e liberdade das pessoas. Consoante assinala Barroso e Martel citados por Oliveira Filho (2011, p. 140),

[..] Integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas.

Dessa forma, o princípio da dignidade humana representa “a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar” (BARROSO, 2002 *apud* PERES, 2006, p. 54).

Conforme visto anteriormente, a dignidade humana se relaciona, de perto, com a autonomia pessoal, a autodeterminação, ou seja, com **o princípio da liberdade**. Como uma das manifestações e exigências da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade, cimentado, principalmente, no artigo 3º, I, da Constituição Federal, consiste na possibilidade de formatação da própria existência, e, possui efetivamente, como clarifica Luis Roberto Barroso, “[...] um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades [...]” (2007, p. 17).

Barroso assevera, ainda, que a noção de liberdade significa, também, que em um Estado Democrático de Direito não basta apenas assegurar o direito de escolha individual, mas promover condições para que as escolhas possam se concretizar (2007, p. 18), primando-se, de forma *efetiva* pela dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a imposição de uma arquitetura familiar caracterizaria uma afronta direta à dignidade da pessoa humana e à liberdade, tolhendo o indivíduo de eleger a configuração familiar que lhe apraz, bem como o expondo à reprovação do Estado e à marginalização, não lhe sendo garantida a proteção especial estatal e, por conseguinte, os direitos decorrentes dessa relação.

Cabe ao Estado, pois, oferecer e fomentar o mesmo respeito a todas as organizações familiares, independentemente de sua formatação, aplicando-lhes todos os direitos a ela inerentes, a fim de concretizar o exercício da liberdade pelos membros dessas famílias.

O sentido da liberdade não se circunscreve tão somente à escolha da configuração familiar, mas inclui a liberdade quanto ao seu término ou exclusão (LÔBO, 2011, p. 69).

Compartilhando dessa compreensão da dignidade da pessoa humana e da liberdade a respeito da escolha da arquitetura familiar, Gama ensina:

**O princípio da liberdade**, intimamente associado ao princípio do pluralismo democrático, no âmbito das relações familiares, se associa (sic) à **autonomia privada no segmento da liberdade de escolha de constituição, de manutenção e de extinção da entidade familiar, sem que haja qualquer tipo de imposição externa das pessoas dos familiares [...]** (GAMA, 2008, p. 75 , grifou-se).

O artigo 5º, II, da Constituição, acrescenta outro conteúdo ao princípio da liberdade, tendo em vista dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O preceito reproduzido conduz à inofismável conclusão de que, se a norma não prevê, de modo expresso, a limitação ao reconhecimento de outras entidades familiares e/ou a obrigatoriedade de eleger, dentre as opções expostas no

texto constitucional ou civil, um arquétipo específico de família, as pessoas estão livres para escolher a alternativa que mais lhes agrada, como expressão de sua liberdade.

Maria Berenice Dias, discorrendo a esse respeito, declarou:

A liberdade geral de ação implica em um direito e uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça as suas ações e/ou omissões, bem como a permissão para fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, apresente razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo. Partindo dessas premissas, o direito geral de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir uma família com pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo o direito de não ter filho [...] (2009, p. 105, grifou-se).

Outro princípio atinente ao ideário do pluralismo familiar, e decorrente da dignidade da pessoa humana, é o da **igualdade**.

Consagrado inicialmente pelo artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, com o intuito de consolidar os ideais da Revolução Francesa, o princípio da liberdade ganhou notoriedade e deferência mundial com a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 10 de dezembro de 1948.

Em razão das barbáries ocorridas durante e ao final da Segunda Guerra Mundial, os líderes das potências emergentes se reuniram com o intuito de elaborar um documento que fosse uma garantia contra a repetição das atrocidades cometidas. Nasceu, assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, que preconiza em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Mais adiante, no artigo 7º, o princípio da igualdade é reiterado: “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

O Brasil, no rastro da nova ordem jurídica mundial alicerçada nos direitos fundamentais, introduziu o princípio da igualdade no bojo da Constituição de 1988, inicialmente em seu preâmbulo, ao dispor que o Brasil, como Estado Democrático, destina-se a assegurar o exercício da “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O constituinte renova a intenção e expõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º) e que entre os seus objetivos fundamentais está o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV).

Assentado nessas bases, o princípio da igualdade determina que todas as pessoas, independentemente de raça, cor, idade e outras características, devem receber o *mesmo* tratamento do Estado, e condena todas as formas de discriminação. Dessarte, somente será aceito um tratamento desigual se comprovadamente necessário e devidamente justificado, já que todos os seres humanos são dotados de igual valor, igual dignidade.

Roger Raupp Rios destaca que o direito de igualdade, advindo do princípio da igualdade, se apresenta de dois modos: na afirmação da igualdade perante a lei e da igualdade na lei. A primeira consiste na aplicação do direito vigente sem qualquer distinção concernente ao sujeito de direitos, àquele a quem a norma se destina, derivando-se da primazia da lei no Estado de Direito e desconsiderando as peculiaridades de cada caso (2002, p. 31 e 37).

Nesta linha, a fim de se evitar diferenciações descabidas, ocorridas ao longo da história, como o tratamento diferenciado em virtude de raça, cor e orientação sexual, a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 3º, inciso IV, a proibição expressa a certos tipos de diferenciação, de modo que não se justificará, nesses casos, o tratamento desigual.

A segunda afirmação de igualdade, por sua vez, invoca a “igualdade de tratamentos dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime

normativo em face de hipóteses distintas”, verificando-se, nos casos concretos, na realidade da vida, as situações que não podem ser encobertas pelas formas (RIOS, 2002, p. 31). Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (2007, p. 14-15).

É importante citar, sobre esse assunto, o preciso e esclarecedor ensinamento de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

[...] o direito à igualdade implica invocar valores e um desses valores é o reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas, o que implicará, por seu turno, a proibição de práticas discriminatórias, que neguem direitos a quem quer que seja por alguma de suas características, quer seja o gênero, a etnia, a religião, a orientação sexual ou quaisquer outras (2007, p. 47).

Quando se fala em igualdade, não se pretende anular as características individuais de cada pessoa, até porque mesmo convivendo de forma igualitária, são todos diferentes. E, por outro lado, as diversas e distintas características, como cor, raça, religião, orientação sexual, dentre outras, não legitimam a concessão discricionária de favoritismos, sem razões que a fundamentam.

Novamente, Frischeisen preleciona:

Afirmar a igualdade entre as pessoas não significa ignorar suas diferenças intrínsecas ou escolhidas como pertencimento a uma determinada comunidade étnica ou grupo social, gênero, orientação sexual ou opção religiosa, mas não permitir que estas diferenças sejam fundamento para negar o acesso a bens e direitos considerados universais em uma determinada sociedade (2007, p. 20).

Nesse aspecto, evidencia-se que a falta de referência explícita no artigo 226 da Constituição Federal a outros tipos de família não justifica o tratamento distinto às demais relações socioafetivas, eis que inexistente comprovação suficiente a distingui-las, desde que se amoldem nos requisitos exigidos para a sua constituição.

Agindo dessa forma, estar-se-á dando um tratamento desigual às relações sociais e afetivas vocacionadas a fundar família, e declarando, erroneamente, quais dessas relações são dignas de receber o *status* de entidade familiar e perceber a atenção protetora do Estado.

Impende salientar que a Constituição Federal, desde seu preâmbulo, consigna que o Brasil, como Estado de Direito, é “destinado a **assegurar** o exercício dos direitos sociais e

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”** (Grifou-se).

Como ensina Alexandre de Moraes, o preâmbulo representa uma “certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios” e tem como objetivos principais “explicitar o fundamento da legitimidade da nova ordem constitucional e explicitar as **grandes finalidades da nova Constituição”** (2006, p. 45, grifou-se).

Afinal, “[...] Um Estado que se intitula Democrático de Direito não pode desrespeitar seus princípios fundamentais, devendo assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades que consagra, sob pena de comprometer sua própria soberania” (DIAS, 2009, p. 94).

O preâmbulo constitucional indica, então, que o Estado de Direito brasileiro está comprometido na promoção do bem-estar de todos, e que a sociedade, com todas as suas colorações (pluralista), deve ser tolerante, fraterna, solidária, não devendo convocar preconceitos para a diferenciação de tratamento.

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao **princípio da não-discriminação**, que se depreende da leitura do preâmbulo constitucional e do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

O referido princípio conclama que o exercício pleno de todos os direitos e garantias fundamentais pertence a todas as pessoas, independentemente de raça, cor, condição social, sexo, credo, orientação sexual, ou “outro elemento arbitrariamente diferenciador” (MORAES, 2006, p. 70).

Enquanto o princípio da igualdade informa o conteúdo e a extensão desta cláusula no direito brasileiro, o princípio da não-discriminação “aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico”, (RIOS, *in* SARMENTO; IKAWA;

PIOVESAN, 2010, p. 696), focando-se na desigualdade nociva, que afasta, de modo arbitrário, pessoas e as relações entre elas travadas da incidência da norma, do ordenamento jurídico.

A norma constitucional expõe, de maneira exemplificativa, os critérios proibidos de discriminação, como se infere da leitura do artigo 3º, IV, *in fine*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...]  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifou-se).

A Constituição Federal estabeleceu, pois, a possibilidade de se aplicar o dispositivo supramencionado a outras situações que venham a surgir de acordo com os costumes e valores de cada época, permitindo uma atualização constante, acolitando as vicissitudes sociais e, promovendo o reconhecimento de novos critérios proibidos de discriminação.

A cláusula da não-discriminação, aliada à da igualdade, implica no direito à diferença, que consiste na liberdade de ser diferente, mas não no tratamento desigual, a menos que exista uma razão que comprovadamente justifique o critério diferenciador, bem como o respeito à diferença, o exercício da tolerância, que caracteriza uma sociedade verdadeiramente fraterna.

Assim, a partir da compreensão da pluralidade de família pelo aspecto histórico, mediante a nova função da família assentada no afeto, e pelo aspecto constitucional, em que nossa Constituição Federal, ao determinar a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, estabelece os pilares da nova família brasileira, verifica-se uma variedade de entidades familiares em nosso sistema jurídico, além daquelas citadas no artigo 226 da Constituição Federal.

Entre essas estruturas familiares, sobressai, neste estudo, as famílias homoafetivas, objeto de estudo do próximo tópico.

### **1.2.2 Famílias homoafetivas**

A homossexualidade sempre existiu em nossa sociedade, bem como o repúdio, o preconceito e a discriminação. Como nos informa Luiz Carlos de Barros Figueirêdo,

No passado mais remoto da humanidade, já há registros a respeito da homossexualidade (quase sempre masculina). No mais das vezes, concomitantemente, encontra-se o repúdio, a repressão, aquilo que modernamente vem sendo chamado de homofobia, embora, pessoalmente não concorde com tal denominação, por entender que não apreende o conceito daquilo que se deseja expressar [...].

[...]

Entre os helênios, fala-se muito da poetisa Safo, a Vênus da ilha de Lesbos, que deu origem ao nome LESBIANISMO, apontando prática usual de suas seguidoras. Entretanto, o fato é que estavam segregadas e, segundo dizem, eram ferocíssimas, exatamente como forma de combater o jugo masculino [...] (2001, p. 19-20).

Ao longo dos anos houve uma intensa recriminação e intolerância, notadamente a partir da Idade Média, em função do forte papel desempenhado pela Igreja na vida social, como ilustrado no início deste capítulo.

Na história da humanidade, os homossexuais ou homoafetivos sempre foram alvo de preconceito, tendo sido freqüentemente rotulados como pecadores e doentes. A Igreja, que apenas admitia o relacionamento afetivo e sexual entre pessoas do mesmo sexo, condenava a sodomia e declarava abertamente a repulsa aos homossexuais.

A partir do século XVIII, a influência do Racionalismo diminuiu o poder da Igreja e as explicações religiosas ficaram em segundo plano, assumindo a ciência, aos poucos, o papel de protagonista. Com o papel atribuído à ciência e à medicina, a idéia de homossexualidade de transformou e, durante o século XIX, surgiu a visão de que ser homossexual é um vício, uma doença, uma perversão, sendo intitulado de homossexualismo.

Somente em épocas recentes, na década de 1990, século XX, a homossexualidade foi retirada do rol de doenças pelas associações médicas nacionais e internacionais, reconhecendo ser uma característica intrínseca do indivíduo e, portanto, inafastável. Retirou-

se, assim, o sufixo ismo e acrescentou-se idade, fazendo referência a uma característica do indivíduo e não mais à doença (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 62-63).

Com o tempo, e com as mudanças de valores e costumes, notadamente em razão do afloramento do afeto e do direto à felicidade como fundamental ao ser humano, a sociedade foi se tornando menos preconceituosa e mais tolerante, alterando seus paradigmas. Surgiram movimentos em prol dos homossexuais, sobretudo, considerando o panorama histórico, na década de 70, nos Estados Unidos.

O movimento da década de 70 pretendia mudar a conceituação atribuída aos homossexuais, a superação da discriminação e buscava, também, o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais também a essa minoria. Nesse sentido, Dias (2009, p. 42) e Rios (2002, 117-118). Os homossexuais, incentivados por esses movimentos, passaram a reivindicar na Justiça diversos direitos que antes eram apenas reconhecidos às pessoas e aos casais heterossexuais.

Nessa esteira é que surgiu um intenso movimento a favor do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no Brasil.

Como visto, a família no Brasil passou por um contínuo e radical processo de mudança de paradigmas até chegar à afetividade, ao pluralismo familiar, com a possibilidade de inúmeras entidades familiares. Dentre as conformações possíveis de família, tem-se a união homoafetiva.

Com efeito, do mesmo modo que a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a não-discriminação permitem vislumbrar a criação de famílias formadas por pessoas de sexos diferentes, pode-se aplicar esses princípios às famílias homoafetivas.

Inicialmente, importa mencionar que a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 4º, dispõe sobre as famílias monoparentais, mas não faz menção ao sexo ou orientação sexual de seus membros. De imediato verifica-se a possibilidade de o pai ou a mãe ser homossexual

e obter a guarda e o poder familiar de seus descendentes, sem que sequer haja indagação por parte do Judiciário no tocante a esse assunto, ao contrário do que ocorre nos casos que envolvem *casais homoafetivos*.

A princípio, cumpre afastar definitivamente a alegação de que casais homossexuais não são aptos a formar família em virtude da impossibilidade de procriação, tendo em vista ter-se ultrapassado, há muito, a vinculação da Igreja, da religião, ao Estado. Além disso, hoje o cerne da família é o afeto e não a procriação, de modo que vários casais heterossexuais optam por não ter filhos e, mesmo assim, sua estrutura socioafetiva é pacificamente aceita como entidade familiar.

Pois bem. Consoante Maria Berenice Dias, o fato de a norma não prever explicitamente a relação entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não significa que estejam excluídas da proteção do Estado, já que se dá muito mais relevância à identificação do vínculo afetivo que aproxima os integrantes de uma família do que a identidade sexual de seus membros (2009, p. 95).

Perfilhando da mesma compreensão, Oliveira Filho nos esclarece que o conceito de família deve ser balizado a partir da *qualidade* das relações socioafetivas e o propósito de comunhão de vida,

assegurando o ordenamento jurídico os núcleos formados pela vontade livre e responsável dos parceiros. Ademais, as disposições constitucionais reprimiam o preconceito, prestigiam a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como referendam o exercício da cidadania e pregam a igualdade e o bem comum [...] (2011, p. 140-141).

Embora a Constituição Federal não mencione categoricamente a união homoafetiva como entidade familiar, aplica-se a ela as mesmas idéias desenvolvidas para chegar-se à conclusão de que, hodiernamente, tem-se no direito brasileiro a concepção plural de família: o artigo 226 não é um rol taxativo e, ademais, a Constituição deve ser lida em sua integralidade, de modo que os princípios da dignidade, igualdade, liberdade e não-discriminação norteiam todo o ordenamento, aplicando-se, também, ao direito de família.

De mais a mais, cumpre reiterar o que já foi dito a respeito da norma de inclusão do dispositivo 226, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que somente poderia haver exclusão de qualquer modalidade de família se a norma estipulasse de forma explícita, mas não o faz (LÔBO, 2011, p. 90).

Daniel Sarmento (2010, p. 152) adverte que a hipótese de não reconhecimento da união homoafetiva em nossa ordem jurídica, em especial pela Constituição Federal, selaria uma orientação constitucional preconceituosa e excludente, diametralmente oposta aos supremos valores estampados na referida Carta: dignidade da pessoa humana, igualdade, não-discriminação, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros.

Constata-se, ainda, que na atualidade, a orientação sexual é entendida como uma das características da personalidade do indivíduo, sendo indissociável, não lhe retirando a dignidade ou diminuindo-a. Como pondera Enézio de Deus Silva Júnior, as manifestações de ordem afetivo-sexual se apresentam como uma extensão dos sentimentos das pessoas, constituindo, dessa feita, o patrimônio inalienável dos direitos fundamentais do ser humano, de modo que são tuteladas no ordenamento jurídico pátrio por meio dos princípios da liberdade, da igualdade e da não-discriminação (*in DIAS, 2011, p. 100-101*).

Tendo em vista a caracterização da orientação sexual como manifestação de sua personalidade, e integrante da condição humana, a compreensão de que se pode limitar o acesso a bens e direitos em virtude dessa diferença consiste em grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois se está considerando que o homossexual é não é digno de receber o mesmo tratamento oferecido aos heterossexuais (DIAS, 2009, p. 99 e 103).

Por outro lado, a partir da idéia de orientação sexual como direito personalíssimo, entende-se que a “escolha” sexual individual deriva da capacidade de autodeterminação, uma das feições da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Diante disso, pode-se afirmar que “qualquer tentativa de restringir direitos a um grupo de pessoas, única e exclusivamente por conta de sua orientação sexual, é negar-lhes a própria dignidade, o que é inadmissível” (RAGAZZI; GARCIA, *in DIAS*, 2011, p. 181).

Ademais, a orientação sexual, como citado, deriva da capacidade de autodeterminação, que reside na possibilidade de determinar os rumos da própria existência, sem a interferência do Estado ou de qualquer outra pessoa, sendo uma das manifestações do princípio da liberdade. Assim, cabe à pessoa a opção pelo parceiro com quem pretende compartilhar a sua vida e formar uma família, independentemente de sua orientação sexual, já que qualquer limitação atinente a essa liberdade deve estar assentada em lei por força da prescrição do artigo 5º, inciso II.

Quanto à igualdade, deve-se repisar o que já foi dito: características intrínsecas não podem ser utilizadas como justificativa de tratamento desigual, salvo se a necessidade for devidamente comprovada, de tal sorte que a orientação sexual não pode restringir o direito de uma pessoa formar uma família e esta receber a proteção estatal e os direitos correlatos, sob flagrante tratamento desigual. Qualquer restrição que vise impedir a formação de uma família apenas por motivo de orientação sexual é injusta e representa um desrespeito ao princípio da igualdade, eis que a discriminação por orientação sexual se insere nos proibidos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Reiterando-se o que foi dito no tópico anterior, a igualdade consiste na possibilidade de ser diferente, sem que configure necessariamente um tratamento distinto, salvo nos casos especiais, cuja justificativa é sempre exigida.

A esse respeito, Maria Berenice Dias discorre:

[...] A exigência da diversidade de sexo para o reconhecimento da união homoafetiva (sic) encobre dissimulada discriminação à orientação sexual. Repugna ao princípio constitucional da igualdade serem regulados os aspectos materiais do relacionamento afetivo heterossexual e não o sejam os do relacionamento afetivo homossexual (2009, p. 108).

Dentro dessa perspectiva, alijar a união entre pessoas do mesmo sexo da proteção do Estado e da conceituação de família denota rebaixar os homossexuais a sujeitos de segunda categoria, reputá-los indignos de formar uma família; significa tratar as relações socioafetivas de forma distinta, sem que haja motivação suficiente para se proceder desse modo, contrariando o princípio da igualdade; representa limitação ao exercício da personalidade e da autodeterminação aos homoafetivos, e, por conseguinte, à liberdade; indica a prevalência do preconceito e da discriminação em virtude de sexo e orientação sexual em nosso ordenamento jurídico.

Nessa linha, toda e qualquer relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo ou entre pessoas de sexos diferentes deve ser reconhecida como entidade familiar e receber a proteção do Estado, bem como possuir todos os direitos decorrentes dessa relação.

Adepto da corrente favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, Rolf Madaleno, citado por Lagrasta Neto, Tartuce e Simão, recorre aos princípios constitucionais para concluir ser

indiferente ao Direito a orientação sexual da pessoa, posto (sic) se tratar de um fato da vida, e cuja direção sexual não pode sofrer qualquer forma de constrangimento ou restrição, sendo dever do Estado acolher as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, porque inconstitucional qualquer entendimento em contrário por reprimir minorias sociais, e mesmo porque não existe nos textos legais qualquer proibição de extensão ao regime da convivência estável às uniões homoafetivas (2011, p. 215).

Com fulcro nas premissas da não taxatividade do texto do artigo 226 e de seu conteúdo inclusivo, a partir da leitura dos princípios constitucionais anteriormente expostos, Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão consideram ser absolutamente possível o reconhecimento das uniões entre homoafetivos como família (2011, p. 223).

Há, então, no ordenamento jurídico brasileiro, um arcabouço hábil a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como família, desde que observados os requisitos de afeto, comunhão de vida diuturna e duradoura, estabilidade e ostensibilidade.

Salienta Maria Berenice Dias que, em face da omissão do legislador em prever explicitamente a união homoafetiva como família, cabe ao Judiciário interpretar a norma de modo a lhe dar o correto significado (2009, p. 115-116), seja aplicando a interpretação extensiva, mediante a integração pelos princípios constitucionais, corrente aqui defendida e já explanada ao longo do texto, seja pela analogia.

No tocante à analogia, a parcela da doutrina que se filia a essa vertente presume que houve omissão ou lacuna legislativa, a qual deve ser completada mediante a integração da norma ou por meio de “uma regra específica apta incidir sobre a hipótese” ou por meio de uma solução que tenha sido “buscada no sistema jurídico como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente” (BARROSO, 2007, p. 31).

No caso da união homoafetiva, a doutrina entende que há de se usar as características presentes nas uniões estáveis e nas demais entidades familiares para integrar a norma e determinar os delineamentos da união homoafetiva.

O importante, contudo, em qualquer uma das modalidades de interpretação utilizada, é conceder a tutela jurídica aos homoafetivos, de modo que tenha o direito à família reconhecido, trazendo-os finalmente para a luz e para a família constitucionalizada.

Cumpre salientar que a omissão legislativa apontada pela ex-desembargadora Maria Berenice Dias poderia ter sido solucionada pelo Congresso Nacional em dezembro do ano passado, mediante a aprovação, na íntegra, do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei 674/07). Nada obstante, em 15 de dezembro de 2010, o texto foi aprovado na Câmara dos Deputados com alterações, excluindo-se as famílias homoafetivas de seu texto, previstas inicialmente no Projeto de Lei 2.285/2007, de autoria do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, apensado ao primeiro.

Finalmente, no dia 05 de maio do corrente ano, o Poder Judiciário brasileiro, representado pelo Supremo Tribunal Federal, enfrentou o tema, suscitado pela Procuradoria-

Geral da República e pelo Governado do Estado do Rio de Janeiro, que foi recebido como Ação Direta de Inconstitucionalidade e, ao final, julgada procedente para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, nos termos apresentados no tópico seguinte.

#### **1.2.2.1 O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal – considerações sobre a ADI 4227 DF**

Em 02 de julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, requerendo que fosse distribuída ao Ministro Aryres Britto, por dependência, uma vez que este Ministro era relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental interposta pelo Governado do Estado do Rio de Janeiro, com questão conexa.

Ambas as ações visavam a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Em síntese, defendeu-se, na peça inicial, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, por meio da equiparação à união estável, por meio da analogia, sem que houvesse mediação legislativa, incidindo os requisitos da união estável àquela estrutura familiar, em face da possibilidade de imediata aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da segurança jurídica.

Analizando a matéria sob o prisma da “interpretação conforme”, o Relator consubstanciou, desde o início, que os pedidos formulados merecem abrigo, encontrando-se

na Constituição Federal as respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas.

Após considerações acerca da origem e do significado do termo “homoafetividade”, sobre o gênero e a orientação sexual, o Ministro Ayres Britto proclama, de forma similar ao que foi exposto nos tópicos anteriores, que o sexo das pessoas não se presta como fator de desigualdade jurídica, exceto se houver prévia e expressa disposição constitucional.

Em seguida, preleciona que o tratamento distinto em razão dessa característica intrínseca do ser humano configura preconceito e discriminação, ferindo o objetivo de “promoção do bem de todos” estampado na Constituição Federal, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Logo, nota-se da leitura do voto do Relator, que seus argumentos vieram ao encontro daqueles sustentados pela parcela doutrinária favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como um arranjo familiar hábil a receber a guarda do Estado, estabelecendo, ainda, que o *caput* do artigo 226 não encerra uma cláusula de barreira a outras conformações familiares, constituindo meros exemplos.

A decisão em comento, que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis, não apenas firmou o entendimento de ser inviável em um Estado laico a regulação legal e interpretação jurídica das relações sociais a partir de uma visão religiosa, como também assegurou que não há espaço, no Estado Democrático de Direito, para a marginalização de cidadãos, quaisquer que sejam os motivos.

O sistema jurídico brasileiro demonstrou ser inclusivo, evidenciando que não há categorias de cidadãos, de modo que todos devem ser respeitados e seus direitos reconhecidos, dando plena aplicabilidade aos princípios da dignidade, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação.

Conquanto alguns conservadores afirmem estar a família em decadência em razão das novedades possibilidades de sua estruturação, pode-se dizer que ela foi reforçada a partir da equiparação das uniões homossexuais às uniões estáveis, bem como a sua importância frisada, e que todos, independentemente de orientação sexual, deverão ser incentivados a construí-la.

Vale trazer à baila as oportunas e sábias palavras da Ministra Ellen Grace quando da leitura de seu voto, asseverando que “não estamos legislando para pessoas distantes e desconhecidas, estamos alargando as oportunidades de felicidade para nossos vizinhos, nossos colegas de trabalho, nossos amigos e nossa família”.

E, mais adiante, sublinha que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”, de modo que a procedência do pedido de reconhecimento como família e de equiparação às uniões estáveis “restitui [aos homossexuais] o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade”.

Ao final do voto, o Ministro Ayres Brito, tendo reconhecido as uniões homoafetivas como entidades familiares equiparadas às uniões estáveis, deixa entrever a possibilidade de adoção por casais homossexuais, conquanto não tenha se debruçado mais detidamente sobre o tema. Além disso, embora os demais Ministros tenham acompanhado o Relator, sublinharam, em algumas ocasiões no decorrer da sessão que não competia a eles, naquele momento, se inclinar sobre os desdobramentos da decisão, inclusive no que atine à possibilidade de adoção.

Com o escopo de examinar o desdobramento dessa decisão e a possibilidade ou não de adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, passaremos ao estudo desse instituto jurídico.

## CAPÍTULO 2 - DA ADOÇÃO DE MENORES NO BRASIL

### 2.1 Aspectos históricos

Na antiguidade, o instituto da adoção não se submetia a quase nenhuma intervenção estatal, decorrendo da autonomia das partes com a preponderância dos interesses dos adultos.

Em Roma, a adoção consistia em um meio de se perpetuar a práticas das religiões domésticas, passando de geração a geração. O filho adotivo se desvinculava do culto de sua família de origem e assumia o da família adotiva. A adoção propriamente dita, que serviu de base para o desenvolvimento do instituto no Brasil, subdividia-se em outros dois tipos: a adoção plena, cujo pátrio poder era transferido aos ascendentes do adotando; e a adoção menos plena, realizada com estranho, em que inexistia a dissolução do vínculo com a família de origem e, portanto, não envolvia a transferência do pátrio poder (LÔBO, 2011, p. 275-276).

As mulheres não podiam adotar porque no antigo direito romano estas não gozavam de capacidade jurídica, não detendo sequer o poder sobre seus filhos naturais. Havia, contudo, uma exceção: às mulheres que tinham perdido seus filhos era concedido o consolo de serem, uma vez mais, mães.

Na Idade Média, a sociedade era praticamente regida pela Igreja e por seus dogmas, incidindo nas variadas relações sociais os princípios ditados pela doutrina religiosa. Ocorre, nessa época, uma enorme reprevação a tudo aquilo que não era considerado natural à luz da Igreja. Assim, como explicado no primeiro capítulo, houve uma supervalorização do matrimônio, cujo objetivo precípua era da procriação, da multiplicação da obra divina. Não se aceitava outro modo de filiação que não fosse por meio da relação sexual entre os cônjuges. À vista disso, a adoção não era tolerada, porque representava uma fuga aos deveres divinos e conjugais, e, por conseguinte, acabou caindo em desuso.

A partir da Reforma religiosa, como evidenciado no capítulo anterior, o poder da Igreja foi enfraquecido, e mais tarde, o afastamento entre as relações sociais e a doutrina religiosa se deu de forma mais intensa com o advento do Estado laico, da doutrina do Direito Natural e do individualismo do século XVIII, possibilitando uma nova maneira de se ver a família e, assim, a relação paterno-materno-filial.

No século XIX e seguintes, a emancipação feminina teve papel fundamental na mudança dos paradigmas relacionados à adoção, pois as mulheres se libertaram da subserviência aos homens e, a partir dos movimentos em prol da liberdade sexual, desvincularam-se, gradativamente, do imperativo da maternidade e da geração de descendentes. Muitas passaram a optar por não ter filhos e outras, incapazes de gerá-los, seja devido a sua própria infertilidade ou do marido/companheiro, perceberam no instituto da adoção uma oportunidade de realizar o desejo da parentalidade.

No Brasil, até o Código Civil de 1916 não havia uma regulamentação sistematizada do instituto, encontrando-se as referências à adoção de forma esparsa no ordenamento jurídico. Segundo Beltrame, a partir da República, ao final do século XIX, o Brasil buscou se firmar como nação independente, projetando-se esse desejo sobre a legislação brasileira (*in* TRINDADE, 2005, p. 220), o que levou a um movimento de sistematização das normas.

Foi somente a partir do Código Civil de 1916 que a adoção passou a ser disciplinada. No referido estatuto civil, a adoção era tratada de forma diferente do modelo hoje em vigor. Não havia limite de idade para o adotando e, inicialmente, somente as pessoas sem filhos poderiam adotar. Demais disso, o ato se consumava mediante escritura pública, emergindo dessa formalização o vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado (DIAS, 2007, p. 425). Cumpre sublinhar que, no texto original, exigia-se uma idade mínima de cinqüenta anos para o adotante, o que, obviamente, desestimulava a adoção nesse período.

Aos poucos, a redação original daquele Código Civil foi sendo alterada, adaptando-se à realidade social de cada tempo, trazendo para o texto as reivindicações de cada momento histórico. Em 1957, a Lei 3.133 reduziu a idade mínima do adotante de cinqüenta para trinta anos e excluiu a exigência de ausência de filhos para legitimar a adoção. Contudo, permanecia a distinção entre os filhos legítimos, legitimados e reconhecidos e os filhos adotivos, pois na existência de qualquer um daqueles, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária.

Em outro período, 1965, acresceu-se ao instituto, por meio da Lei 4.655, a legitimação adotiva, passível de ser deferida após um período mínimo de três anos de guarda do menor pelos requerentes. Ao contrário da adoção simples, a legitimação adotiva requeria uma decisão judicial para que fosse reputada válida. A necessidade dessa peculiaridade residia na novidade de o vínculo de parentesco com a família natural cessar por completo, formando-se um vínculo totalmente novo com a família do adotante.

O advento do Código de Menores, Lei 6.697/1979, significou um novo e importante marco histórico do instituto da adoção no Brasil, concentrando a finalidade da adoção na proteção integral do menor sem família (BELTRAME, *in* TRINDADE, 2005, p. 221). Trouxe o ideário de assistência ao menor e a sua colocação em lar substituto com autorização judicial. Ademais estipulou duas formas de adoção: a simples e a plena.

Estipulava o Código de Menores que a modalidade de adoção simples era regida pela lei civil, deveria ser formalizada com autorização judicial e precedida por um período de convivência. No tocante à adoção plena, esta seguiu os mesmos moldes da legitimação adotiva prevista na Lei 4.655/1965.

Para que pudesse proceder à adoção, a norma supracitada exigia aos casais o decurso de cinco anos do matrimônio, salvo se comprovada a esterilidade de um dos cônjuges

e a estabilidade conjugal, hipótese em que era concedida uma dispensa a respeito do tempo de casamento e se permitia a adoção.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 promoveu verdadeira revolução nos contornos da adoção, pois acatou os ideais das declarações universais de direitos humanos e internalizou diversos princípios e direitos estampados naqueles documentos. Assim, incorporou dois aspectos básicos:

- a) O princípio de prioridade absoluta para as crianças e adolescentes da Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas – ONU foi erigido, no art. 227, *caput*, CF, à condição de Princípio Constitucional [...].
- b) O instituto da Adoção, quando direcionado para crianças e adolescentes, foi incluído expressamente como norma Constitucional (sic), e unificado, acabando-se com a odiosa discriminação entre as então chamada (sic) adoção simples e plena, distinguindo-se as coesões nacionais das internacionais (FIGUEIREDO, 2010, p. 150).

Todavia, o Código Civil de 1916 permaneceu como supremo regulador da adoção, com a observância dos dispositivos constitucionais que versavam (e versam) sobre o tema, até a chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) em 1990. Após esse evento, o Estatuto citado passou a normatizar a adoção dos menores de dezoito anos, enquanto o Código Civil ficou incumbido da adoção de maiores.

Nos anos seguintes, o mandamento civil sofreu intensa reforma, de tal sorte que no ano de 2002 promulgou-se o novo Código Civil - Lei 10.406, com vigência a partir de janeiro de 2003. Coube ao novo regulamento civil, a exemplo daquele de 1916, a gerência jurídica da adoção de pessoas com mais de dezoito anos, além de sua aplicação subsidiária nos pontos em que for mais benéfico ou no caso da ausência de previsão estatutária.

Diante disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe diversas novidades em relação ao instituto da adoção, permanece como norma reguladora da adoção de crianças e adolescentes, merecendo, pois, destaque no presente estudo.

## **2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Adoção de crianças e adolescentes no Brasil**

### **2.2.1 Princípios e direitos fundamentais da criança e do adolescente**

A mudança de paradigmas em relação à família teve consequências no entendimento da filiação e da adoção, como se constata da leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A referida norma introduziu expressamente no ordenamento jurídico brasileiro novos princípios e deveres fundamentais atinentes às crianças e aos adolescentes, cujo conteúdo informará a interpretação de todos os demais dispositivos nela presentes, determinando, inclusive, os contornos da adoção em nosso país, de modo que serão abordados adiante.

#### **2.2.1.1 Princípio da proteção integral**

O legislador constituinte, ao dispor sobre a família, estipulou que esta, independentemente de sua conformação, deveria receber a proteção especial do Estado e, assim, estariam igualmente protegidos os seus membros (artigo 226, *caput*, da Constituição Federal).

Deduz, então, que a criança e o adolescente, como seres humanos integrantes de uma família, estariam automaticamente protegidos e todos os direitos fundamentais também lhes seriam aplicados. Contudo, durante muito tempo, considerou-se que em virtude de sua tenra idade os menores não estariam incluídos nessa tutela e os mais absurdos tratamentos lhes foram dispensados.

Assim, por se tratar de pessoas em desenvolvimento, verificou-se a necessidade de outorgar-lhes uma proteção mais ampla, dando origem à doutrina da proteção integral da

criança e do adolescente, prevista em documentos internacionais de direitos humanos, como na Declaração Universal de 1948, nos Pactos de Direito Civis e Políticos e Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2010, p. 45), e na Convenção sobre os Direitos da Criança, dos quais o Brasil é signatário.

Com base nessa nova compreensão da infância e da juventude, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA internalizou o princípio da proteção integral, anunciando, logo em seu artigo 1º, ser esta ser a sua principal meta.

O princípio da proteção integral assinala que o Estado e a sociedade devem fornecer toda a assistência necessária à criança e ao adolescente para o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, tendo em vista a sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, como ressalta o artigo 6º dessa norma.

Explica Sávio Bittencourt, a respeito do assunto, que esse princípio “[...] sugere que a criança e o adolescente devem encontrar no poder público todo o apoio necessário para que seus interesses sejam atendidos, propiciando uma criação sadia e em condições de proporcionar a formação de seu caráter e personalidade [...] (2010, p. 36).

A promoção de seu desenvolvimento nos moldes assinalados acima envolve vários aspectos da vida de uma criança, como a saúde, a alimentação, a educação, o esporte, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, todos informados pelo artigo 4º do mesmo Estatuto.

Contudo, para que se possa dispensar todo esse cuidado e proteção à criança e ao adolescente, faz-se mister conceder o amparo necessário a sua família, mediante uma rede de atendimento, a fim de que ela possua as condições mínimas para a sua criação com todo o carinho e cuidado que lhes é devido (BITTENCOURT, 2010, p. 36).

Assim, o Poder Público e a sociedade têm o dever de tutelar a infância e a juventude, buscando sempre a concretização de seus direitos para o seu desenvolvimento saudável.

### **2.2.1.2 Princípio do melhor interesse do menor**

Ao lado da proteção integral, surge o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que traz nova luz ao instituto da adoção, pois prevê a prevalência dos direitos da criança e do adolescente sobre os demais, distanciando-se, a esse respeito, do modelo vigente até o Código de Menores, quando a sua questão era “tratada, efetivamente, como de menor importância, relegando-o a uma situação de cidadão de segunda categoria” (SAPKO, 2009, p. 89-90).

Em uma situação em que os interesses da criança e do adolescente estejam em confronto com os direitos de um adulto, caso esses direitos não possam ser harmonizados, há de se respeitar e observar os direitos dos primeiros, em virtude de seu *status* de pessoas em desenvolvimento e de sua maior vulnerabilidade, alçando-os à posição de credores da proteção integral.

Perfilhando desse entendimento, Gama ensina que este princípio

[...] representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-familiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com **absoluta prioridade** comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa [...] com o objetivo de permitir ‘o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade’, conforme a feliz redação do art. 3º da Lei nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] (2008, p. 70-81, grifou-se).

Nessa esteira, pode-se afirmar que houve uma transformação relevante nas relações de filiação, seja nas naturais, com vínculo consangüíneo, seja nas decorrentes de adoção. De certa forma, nesta última, operou-se um equilíbrio de vontades quando da colocação da criança e do adolescente em família substitutiva, já que, a partir desse ideário da

prioridade do interesse do menor, se deve levar em consideração não apenas o desejo de um adulto ser pai ou mãe, mas também se essa nova família trará benefícios ao adotando.

Ao contrário do que se pode pensar, o princípio não significa a desconsideração dos direitos dos adultos, mas procura buscar um meio termo, uma conjugação dos interesses da criança ou do adolescente com os interesses titularizados por outras pessoas, desde que esta harmonização não exponha a criança ou o adolescente a riscos ou lesão de seus direitos (BITTENCOURT, 2010, p. 48).

Com efeito, além de visar à permanência da criança ou do adolescente em um lar conjugal durante o seu desenvolvimento, este princípio deve servir de critério aos aplicadores do direito, em especial ao juiz quando de sua decisão, nos casos de adoção, devendo-se averiguar a situação real do menor (TORRES, 2009, p. 97-98), mediante o relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, a fim de se constatar se a colocação em família substituta lhe trará benefícios.

Portanto, os princípios da proteção integral e do maior interesse do menor surgem para dar um novo colorido às relações que envolvem crianças e adolescentes, destacando-se, particularmente para este estudo, a sua incidência no instituto da adoção, que será visto mais adiante.

### **2.2.1.3 Direito à dignidade e à liberdade**

A criança e o adolescente como sujeitos de direitos possuem o mesmo direito à **dignidade** que os adultos, não devendo ser tratados de forma desumana e indigna, por força do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente combinado com o artigo 5º da Constituição Federal.

Como já explicitado, a dignidade representa uma qualidade intrínseca do ser humano e está profundamente relacionada a sua personalidade, determinado, consoante o

inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal, a promoção do bem-estar do ser humano em todos os aspectos, independentemente de idade.

A pouca idade não justifica, assim, a coisificação da criança e do adolescente, devendo-se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana em quaisquer relações, inclusive naquelas que envolvam menores, a fim de lhes propiciar o tratamento digno, não se admitindo negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão, conforme artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, oferecendo-lhes um desenvolvimento adequado e a realização da felicidade.

Dessa forma, o aludido Estatuto prevê de maneira explícita no artigo 18 o dever de *todos* velar pela dignidade da criança e do adolescente, revelando o seu caráter *erga omnes*, e arremata, “pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, não podendo dela declinar.

Em consonância com o direito à **liberdade** estampado no artigo 5º da Constituição Federal, o legislador estatutário viu por bem acrescentar no bojo da Lei nº 8.069/1990 as especificidades desse direito no que concerne à criança e ao adolescente, com a seguinte redação:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:  
 I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;  
 II - opinião e expressão;  
 III - crença e culto religioso;  
 IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;  
 V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;  
 VI - participar da vida política, na forma da lei;  
 VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

É fácil notar, da leitura do texto transscrito, algumas peculiaridades do direito à liberdade em relação à criança e ao adolescente que, além de dispor de suas características gerais, como a liberdade de ir, vir e estar, de opinião e expressão, e de crença e de culto religioso, assegura, ainda, a liberdade de brincar, praticar esportes, de se divertir e de orientação.

O objetivo dessa previsão é assegurar ou incentivar o exercício da infância e da juventude pelo menor, evidenciando que nessa época da vida as responsabilidades da vida adulta não lhes devem afligir, estando em franca conformidade com a proibição do trabalho infantil e com as restrições atinentes ao trabalho juvenil inseridas no artigo 60 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De mais a mais, indica de forma irrefragável a importância da orientação para a criança e o adolescente, seja dentro do seio familiar, no sentido de receber conhecimento moral e ético, indispensáveis à boa convivência social e ao bom desenvolvimento do menor como aponta o artigo 6º dessa norma, seja mediante o acesso ao ensino escolar. Neste último caso, cumpre ao Estado, conforme mencionado no item sobre a proteção integral, auxiliar a família do menor que não possui condições de oferecer um ensino privado ou por meio da manutenção de escolas públicas (em face do artigo 206, da Constituição Federal) ou, se necessário, por meio de políticas públicas, como ocorre atualmente com o programa de transferência direta de renda ligado à educação, alcunhado de bolsa família.

No que tange ao direito de opinião e expressão, convém sublinhar a sua importância para a adoção, uma vez que, conforme o §1º, do artigo 28, da Lei nº 8.069/1990, “sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada”.

O preceito supracitado ainda destaca a relevância da participação do menor na vida familiar e comunitária, sem quaisquer discriminações, o que nos remete ao próximo tópico.

#### **2.2.1.4 Direito à convivência familiar e comunitária**

Em seu artigo 4º, o Estatuto reproduz o dispositivo 227 da Constituição Federal, que trata do dever da família, quase em sua integralidade, destacando-se o **direito à convivência familiar e comunitária**:

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**. (grifou-se)

De acordo com a análise histórica da concepção de família descrita no primeiro capítulo, a sociedade sempre evoluiu e se propagou ao redor desse instituto, de modo que a própria Constituição Federal consignou no artigo 226 ser a família a base da sociedade, o núcleo essencial de desenvolvimento da pessoa, merecedora, pois, de proteção especial pelo Estado. Diante disso, a participação do indivíduo, em especial do menor por estar em estágio de formação, em uma unidade familiar é extremamente importante para o seu crescimento físico, moral e psíquico.

Expressamente prevista no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, o direito à convivência familiar encerra a relação diuturna e duradoura entre os membros de uma família, seja em decorrência dos vínculos de parentesco, dos liames da conjugalidade (GAMA, 2008, p. 85) ou dos laços socioafetivos.

A colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, quando já não é possível a sua permanência na família natural, é imperiosa para o seu desenvolvimento saudável, uma vez que as instituições ou abrigos não conseguem oferecer o mesmo cuidado individualizado que uma família proporciona. Longe disso, promove o seu crescimento em um ambiente coletivo, onde não há a afetividade, o carinho, o amor de um pai ou de uma mãe. Assim, eles “vão crescendo e ser (sic) formando psicologicamente em um ambiente coletivo,

com prejuízo à sua autoestima e à formação de sua personalidade” (BITTENCOURT, 2010, p. 8).

Martha Toledo de Machado, nessa linha, esclarece que

[...] a personalidade humana não se desenvolve, nas suas potencialidades mínimas e básicas, nas *instituições totais*, basicamente porque a criança [assim como o adolescente] não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto, o que é impossível de se dar em tais instituições (os trabalhadores de tais internatos, por mais bem-intencionados e corretos que o sejam, mantêm uma ligação *profissional* com as crianças [e adolescentes] e não afetiva-pessoal (2003, p. 154, grifos do original).

Embora triste, é essa a realidade que se apresenta todos os dias nas inúmeras instituições que acolhem crianças e adolescentes abandonados pelos seus pais ou pelos seus familiares ou retiradas de seu convívio em decorrência sua incapacidade de criá-los. Com o fulcro de evidenciar a importância da convivência familiar de crianças e adolescentes, e a inadequação das instituições para a sua formação, Mônica Rodrigues Cuneo assevera:

Na institucionalização, não raro, as oportunidades para a satisfação de necessidades individuais e para as trocas afetivas são poucas. A criança, dependendo de sua faixa etária, e de suas vivências pretéritas, apresenta necessidades distintas e o método empregado pelo programa de abrigamento nem sempre atende de forma personalizada esta demanda. O retardo no desenvolvimento cognitivo e o afetivo de uma criança abrigada por longa data denotam os malefícios da institucionalização prolongada (2007 *apud* BITTENOURT, 2010, p. 8-9).

De se ver, então, que quanto as instituições sejam uma solução imediata para o abrigo de crianças e adolescentes em situações de abandono ou de impossibilidade de retorno à família, como previsto no artigo 30 e no artigo 90, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, representam também uma medida temporária. Deve-se buscar, sempre que for possível e seguro, manter o menor inserido em uma entidade familiar, seja por meio de guarda, tutela ou adoção.

De outra parte, embora a relação inicial de uma criança se dê na família (primordial para seu desenvolvimento, importante repisar), o relacionamento humano se propaga para além da unidade familiar, de forma que as interações com outras pessoas e com o contexto social em que está inserida também faz parte de sua formação. O mundo, enorme

laboratório para a criança e o adolescente, auxilia em seu desenvolvimento, em face das diferentes experiências que é capaz de proporcionar (AGLIARDI *in TRINDADE*, 2005).

Nesse diapasão, ensina Elias (2005, p. 28-29) o valor de relações sociais, como da amizade, para o equilíbrio emocional de crianças e adolescentes, devendo os pais incentivá-los a construírem vínculos de afeto e companheirismo com outras crianças e adolescentes.

Com efeito, é a partir da convivência familiar e comunitária durante a infância e a juventude que o ser humano se prepara para o convívio em sociedade e para as futuras relações pessoais e sociais a serem entabuladas na vida madura.

Destarte, o advento do direito à convivência familiar e comunitária, aliado aos direitos da dignidade da pessoa humana e da liberdade e aos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor, sem a exclusão de outros direitos e princípios insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, emprestou uma nova “cara” ao direito de família e ao instituto da adoção, como é possível observar na norma que trata atualmente do tema.

### **2.2.2 As normas da Lei nº 8.069/1990 em relação à adoção de menores**

O Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou uma nova etapa no direito brasileiro relativo aos direitos de crianças e adolescentes. Ao acolitar a atual conjuntura universal de observância estrita aos direitos fundamentais, trouxe ao sistema jurídico pátrio uma compreensão dos temas relacionados ao menor a partir do prestação de assistência e proteção integral.

Como se viu nos tópicos anteriores, a referida norma buscou mudar o entendimento que se tinha da infância e da juventude, bem como do relacionamento dessas pessoas com adultos, de modo a lhes conferir mais importância e cuidado quando da decisão

acerca de seu futuro. Essa nova percepção se derramou sobre toda a redação do texto original da Lei nº 8.069/1990, inclusive nas questões relacionadas à adoção.

A partir dessa noção inicial, o legislador procurou aperfeiçoá-la, originando, então, a Lei nº 12.010, de 2009, que, dentre os diversos assuntos propostos, teve como objetivo principal o “aperfeiçoamento da sistemática prevista para a garantia do **direito à convivência familiar** a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista [...] pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”. (grifou-se)

Cumpre reiterar que, inobstante o Código Civil cuide da adoção de maiores, este mandamento civil deve ser empregado subsidiariamente às adoções de crianças e adolescentes, nas hipóteses em que a lei específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, não apresentar previsão normativa.

Tendo em vista não ser objetivo deste trabalho analisar as alterações e novidades trazidas pela Lei nº 12.010/2009, serão examinados somente os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente relacionados à adoção, já com as mudanças introduzidas.

### **2.2.2.1 Adoção: uma das modalidades de colocação em família substituta**

O direito à convivência familiar, como já mencionado, compreende um fator da dignidade humana, eis que é no seio familiar que o indivíduo poderá desenvolver-se plenamente. Com base nessa premissa, o Estatuto da Criança e do Adolescente objetiva sempre manter o menor inserido em uma família, de preferência a natural, salvo se esta medida se tornar impossível em virtude de fatores como negligência, violência, crueldade, dentre outros, ou se a família de origem não possuir os meios indispensáveis para a sua criação com dignidade.

Assim, antes de prosseguir para as particularidades da colocação do menor em família substituta, é necessário fazer a diferenciação entre os tipos de família trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

1) Família natural: Compreende a família constituída pelo vínculo de origem genética ou pelos laços de parentesco consanguíneo, independentemente de sua formatação familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente dá preferência à permanência do menor em sua família natural, como se infere da redação do artigo 19.

2) Família extensa ou ampliada: Representa a família natural em uma perspectiva ampla, superando o núcleo formado pelos pais e filhos ou somente pelo casal, incluindo, assim, o ambiente formado por parentes com os quais o menor mantém vínculos de afinidade e afetividade, nos termos do parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3) Família substituta: É a família, como o próprio nome indica, que substitui a família natural, com o intuito de providenciar a continuidade da convivência familiar ao menor nas hipóteses em que esta se desfaz ou não possui condições de oferecer um ambiente adequado ao seu desenvolvimento. Pode ocorrer mediante a guarda, tutela ou adoção.

À luz dos artigos 39 e 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se definir a adoção como a forma excepcional e irrevogável de colocação do menor em família substituta, que atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais destituídos do poder familiar e seus respectivos parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais.

Para Paulo Lôbo, a adoção, além de representar a opção do legislador brasileiro pela família socioafetiva, consiste em uma construção cultural baseada na afinidade e no afeto. Com fulcro no artigo 39 do Estatuto em comento, Lôbo procura estabelecer o conceito de adoção, definindo-a como

ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração (2011, p. 273).

Além de configurar um ato jurídico personalíssimo, a adoção, um dos tipos de colocação do menor em uma família substituta, consiste em uma forma de se alcançar o estado de filiação mediante um ato jurídico. Decorre da conjugação de interesses do adulto, de formar uma família e de ter filhos, e do menor, de estar inserido em uma unidade familiar que lhe forneça as condições necessárias para o desenvolvimento sadio. Funda-se, como salienta Maria Berenice Dias, “no desejo de amar e ser amado [...]” (2007, p. 426).

Extrai-se, ainda, dos artigos 39 e 41, que a adoção é a *ultima ratio*, uma solução excepcional a qual se deve recorrer somente quando não for mais possível manter a criança ou o adolescente no seio de sua família natural ou extensa, seja em virtude de sua inexistência seja em face da ausência de condições adequadas para o cuidado do menor. Desde os seus efeitos, a adoção atribui ao menor a condição de filho, desvinculando-se de seus pais naturais ou parentes, e lhe concede os mesmos direitos e deveres, não havendo quaisquer distinções entre eles filhos naturais e adotivos.

Os novos princípios e direitos relativos à família e à criança e ao adolescente permitiram uma nova percepção da adoção, de modo que o seu âmago reside na reinserção do menor em um ambiente familiar, evitando que permaneça em acolhimento institucional por um período muito longo.

Essa nova finalidade tem servido para se repensar o conceito do instituto, que segundo João Seabra Diniz, pode ser definido como

inserção num (sic) ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança [ou adolescente] cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente considerados indignos para tal (*apud* GRANATO, 2009, p. 26).

Ademais, a adoção se apresenta também como uma oportunidade para aquelas pessoas que não querem ou não podem ter filhos a partir de uma relação sexual com seus parceiros, por diversos motivos, e que encontram, nesse instituto, a possibilidade de realizar o desejo da maternidade ou paternidade. Desse modo, a adoção é uma via de mão dupla, servindo tanto à criança, propiciando-lhe a reintegração em um ambiente familiar apto a lhe dar afeto, carinho e os cuidados necessários a sua formação, como ao adulto, mediante a possibilidade do exercício da parentalidade.

Geralmente, as crianças e adolescentes que foram abandonadas ou retiradas de suas famílias naturais pela autoridade competente são inseridas em programa de acolhimento familiar ou institucional até a possibilidade de seu retorno à família natural ou até a sua colocação em família substituta, que inclui a adoção.

O acolhimento familiar é um programa em que uma pessoa ou um casal se dispõe a receber em sua casa, temporariamente, o menor que aguarda o seu retorno à família natural ou a sua colocação em família substituta, a fim de lhe dar o amparo necessário nesse período conturbado de suas vidas. Tendo em vista a complexidade da questão, é importante a escolha criteriosa das pessoas que vão acolher o menor e o acompanhamento por uma equipe multidisciplinar, a fim de se evitar outros traumas ao menor.

Entrementes, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o programa de acolhimento institucional, e certamente também o de acolhimento familiar, não se prolongue por mais de dois anos, o que sugere que sempre se deve dar prioridade à sua reintegração rápida à família natural ou à sua inserção em uma família substituta.

Nessa conjuntura, a adoção tem um papel de grande relevância para a efetividade dessa medida, como ressalta Sávio Bittencourt ao apontar que

o acolhimento institucional é um instituto tipicamente provisório e que deve ser obrigatoriamente sucedido por outra solução, definitiva, como a reintegração efetiva da criança à sua família de origem ou a colocação em família substituta definitiva, via adoção [...] (2010, p. 65)

Portanto, quanto mais célere, eficiente e inclusivo for o procedimento e, obviamente, o processo de adoção, mais crianças serão retiradas do triste convívio nas instituições de acolhimento. Nessa esteira, cabe analisar os contornos da adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### **2.2.2.2 Requisitos da adoção**

#### **2.2.2.2.1 Do adotando**

Quanto ao **adotando**, o Estatuto da Criança e do Adolescente exige a idade máxima de dezoito anos à data do pedido, salvo de já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes, na hipótese de os pais biológicos ou representantes legais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Se os pais biológicos ou representantes legais forem conhecidos, estes devem manifestar o seu consentimento expresso para a realização da adoção.

Importante, também, para o deferimento do pedido de adoção é que ela traga reais vantagens ou benefícios ao adotando, por força do artigo 43, da Lei nº 8.069, de 1990.

Para se vislumbrar o significado verdadeiro dessa exigência, deve-se interpretar as reais vantagens ao adotando a partir dos princípios e direitos fundamentais sobre os quais o instituto da adoção se assenta e com vistas ao cumprimento do objetivo da colocação da criança e do adolescente em família substituta. Nessa senda, deduz-se facilmente o desiderato do legislador estatutário em enfatizar, uma vez mais, a supremacia do interesse do menor quando da adoção e, igualmente, a presença constante da proteção integral em todos os aspectos da vida do menor.

Assim, se for constatado que a pessoa ou o casal interessado possui condições de fornecer ao menor afeto, carinho, cuidado, educação, saúde, alimentação, lazer, liberdade, enfim, felicidade e dignidade, consequentemente estarão presentes as reais vantagens, ou

benefícios, para o menor, aptos a conceder, ao lado dos demais requisitos, uma decisão positiva.

Também nesse passo, Paulo Lôbo nos ensina que o efetivo benefício do adotando é requisito essencial, não podendo ser dispensado pelo Juiz quando da fundamentação da sentença,

pois densifica o princípio da dignidade da pessoa humana do adotando e o princípio do melhor interesse da criança o princípio da dignidade da pessoa humana do adotando e o princípio do melhor interesse da criança, expandindo-os a todos os adotandos, inclusive aos maiores de 18 anos.

O efetivo benefício se apura tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva. Na dimensão objetiva, serão observadas as condições que ofereçam ambiente e convivência familiar adequados, em cumprimento ao princípio de prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição, que assegurem o direito ao filho à saúde, à segurança, à educação, à formação moral e ao afeto (2011, p. 287).

Alinhado a essa compreensão, Roberto João Elias, assevera que a vantagem sempre existirá se os interessados em adotar “tiverem uma família bem estruturada, de modo a propiciar ao menor um lar adequado, no qual ele possa desenvolver plenamente a sua personalidade [...]” (2005, p. 71).

**O consentimento do adotando** será necessário se for maior de 12 (doze) anos, devendo ser colhido em sentença, com o intuito de se averiguar se é de sua vontade e de seu contento a colocação na família substituta interessada. Busca-se, com essa exigência, dar efetividade ao princípio do melhor interesse do menor e ao direito à liberdade de expressão e opinião, afinal, é o seu futuro que está em discussão.

A importância de tal preceito destaca “a importância de se considerar a manifestação de vontade do adolescente, o respeito pela sua capacidade, obviamente relativa, mas que deve se considerada” (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2011, p. 99).

Por outro lado, o artigo 45 determina que a adoção depende do **consentimento dos pais ou do representante legal**, salvo se eles forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

Tendo em vista que a adoção não pode ser imposta e que, para o nascimento de um novo vínculo de filiação, o estado de filiação anterior deve ser desfeito, o consentimento é extremamente relevante. Afinal, não se pode simplesmente desconsiderar os laços de filiação e entregar a criança ou o adolescente a uma nova família, configurando, neste caso, uma adoção irregular.

Ademais, é essencial o consentimento de ambos os pais quando constarem do registro de nascimento do menor e estejam no exercício do poder familiar. Igualmente, quando os pais são casados ou companheiros de união estável, o consentimento de um não supre o consentimento do outro, por força do artigo 1.631 do Código Civil. Do contrário, a adoção não poderá ser levada adiante (LÔBO, 2011, p. 280).

Entretanto, esse consentimento não é indispensável à adoção, pois mesmo que os pais não concordem com a adoção, caso não cumpram com os deveres da parentalidade, como sustento, guarda e educação dos filhos menores, poderão ser destituídos do poder familiar e o consentimento dispensado (GRANATO, 2009, p. 78).

#### **2.2.2.2 Do adotante**

No que concerne aos interessados para requerer a adoção de crianças e adolescentes (**adotantes**), deve-se observar algumas exigências legais, especificadas abaixo:

- a) pessoas solteiras e viúvas, independentemente do sexo;
- b) idade mínima de dezoito anos;
- c) diferença de, pelo menos, dezesseis anos entre a sua idade e à do adotando. O motivo deste lapso temporal repousa na tentativa de se reproduzir os laços naturais de filiação, dentro do possível;
- d) que não seja ascendente ou irmão do adotando. Portanto, como sublinha Paulo Lôbo, inexiste impedimento à adoção de menor por parentes colaterais de

terceiro grau, como é o caso dos sobrinhos que frequentemente são adotados pelos tios (2011, p. 277);

- e) na adoção por apenas um dos cônjuges ou companheiros, o seu cônjuge ou o companheiro deverá consentir com a moradia do menor no lar conjugal, nos termos do artigo 1.611 do Código Civil;
- f) no caso de adoção conjunta, que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família;
- g) que os divorciados, os judicialmente separados ou os ex-companheiros, para adotar de forma conjunta, concordem sobre a guarda e o regime de visitas, e que, neste caso, o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão;
- h) um dos cônjuges ou concubinos pode adotar o filho do outro, de forma que o adotando passará a possuir vínculo de filiação com ambos os cônjuges ou concubinos e os respectivos parentes;
- i) a adoção pelo tutor ou curador do menor adotando pode ser concedida, desde que observadas as exigências gerais supramencionadas e encerrada e quitada a administração dos bens, a fim de se evitar fraude;
- j) No eventual falecimento do interessado na adoção no curso do procedimento, pode-se deferir a adoção póstuma, desde que tenha havido inequívoca manifestação de vontade, antes de prolatada a sentença; e
- k) os adotantes estrangeiros não residentes ou não domiciliados no Brasil somente serão considerados aptos a adotar se, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da Juventude na

comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil. Ademais, deverão passar por um estágio de convivência com o menor em território brasileiro de, no mínimo, trinta dias.

A comprovação da estabilidade da família insere-se também entre os requisitos para que o adotante se encontre apto a adotar. Deve o interessado comprovar que possui um lar constituído e razoavelmente administrado, seja solteiro, casado, em união estável ou viva em outra forma de comunhão afetiva.

#### **2.2.2.3 Do juiz**

A competência para conhecer e julgar os pedidos de adoção de crianças e adolescentes, bem como os seus incidentes, está previsto especificadamente nos artigos 146 e 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local.

Determinar-se-á a competência consoante a redação do artigo 147 do diploma indicado acima, a) pelo domicílio dos pais ou responsável; e b) pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

#### **2.2.2.4 Do estágio de convivência**

Previsto no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o estágio de convivência representa uma cautela do legislador a respeito da adoção. Tratando-se de medida excepcional e que transformará definitivamente as vidas das pessoas envolvidas, mormente do adotante e do adotando, procurou-se estabelecer um período de convivência com o escopo de se analisar a conveniência da adoção pelo Juiz e seus auxiliares, mediante o contato cotidiano entre adotante e adotando.

Durante o período de convivência prévia, a ser estipulado pela autoridade judiciária de acordo com as peculiaridades de cada caso, é possível aferir se há vínculo de afeto entre os envolvidos e se o menor se adaptou ao adotante e à sua família e vice-versa.

Com efeito, a imposição do artigo 46 visa evitar problemas futuros, como a incompatibilidade entre adotantes e adotandos, que terão de tolerar uns aos outros caso a adoção não seja vitoriosa, tendo em vista a sua irrevogabilidade.

Haverá, no decorrer do prazo de convivência estipulado, o acompanhamento de uma 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 apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da adoção.

O estágio de convivência de fato, ou a guarda de fato, não são consideradas para efeito de dispensa dessa exigência, a fim de sempre se avaliar a existência do afeto, a conveniência da medida e evitar fraudes.

Conforme já mencionado no item relativo aos requisitos do adotante, o estágio de convivência para a adoção internacional deverá ser de, no mínimo, trinta dias a ser cumprido obrigatoriamente em território brasileiro.

#### **2.2.2.5 Do cadastro de adoção**

Com o intuito de imprimir celeridade ao processo de adoção, o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a criação e implantação de sistemas de cadastramento informatizados, como o Infoadote e o Cuida, mas operavam de forma limitada.

Figueirêdo informa que em 2008 houve a edição da Resolução nº 54 pelo Conselho Nacional de Justiça instituindo o Cadastro Nacional de Adoção, que vem sendo implantado com êxito e tendo bons resultados (2010, p. 46).

O postulante à adoção deverá, à luz do disposto no referido artigo, estar inscrito no cadastro nacional ou regional. Para que a sua inscrição possa ser efetuada, exige-se, além do preenchimento dos requisitos gerais, a submissão a um período de “preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude” e a consulta prévia aos órgãos técnicos do Juizado, devendo, ainda, ser ouvido o Ministério Público.

Conquanto se opte pelas pessoas interessadas inscritas no cadastro, a adoção poderá ser deferida a candidatos domiciliados no Brasil nas seguintes situações:

- a) se tratar de pedido de adoção unilateral, ou seja, feita por um dos cônjuges ou companheiro em relação ao filho do outro;
- b) for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade, a fim de se observar o maior interesse do menor em permanecer na família natural ampliada;
- c) oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança com idade superior a de 3 (três) anos ou adolescente, 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 as seguintes situações: (a) subtração de criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto (art. 227); e (b) promessa ou efetiva entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa (art. 228).

O cadastro nasce com a proposta de se dar mais brevidade ao processo de adoção, já que busca cruzar os dados da criança à espera de uma família com os dos adultos que buscam um filho ou uma filha. Ademais, trabalha com o propósito de se dar preferência às pessoas do mesmo local, da mesma região a que pertence a criança e aos brasileiros residentes no Brasil, evitando-se retirar a criança de forma desnecessária do ambiente a que está

habituada. Tende, ainda, a privilegiar uma ordem de inscrição e de espera, a fim de não prejudicar aqueles que já estão há algum tempo aguardando o momento de se tornarem pais.

### **2.2.2.3 Do procedimento da adoção**

A respeito do processo de adoção, a Constituição Federal é inequívoca em asseverar no artigo 227 que o instituto deve gozar de um processo judicial próprio, com uma sentença que a estabeleça, significando, assim, ser ilícita a “adoção” que não respeite essa determinação.

A ação é processada nas varas de família, ou especificadamente na vara da Infância e da Juventude, caso exista na circunscrição, com a participação do Ministério Público, por se tratar, como frisa Maria Berenice Dias, ação de estado, conforme artigo 82, II, do Código de Processo Civil (2007, P. 442). E, em face do artigo 206 do Estatuto, corre em segredo de Justiça e é isento de custas e emolumentos (artigo 141, § 2º).

Antes de iniciar o procedimento propriamente dito de adoção, faz-se necessário, inicialmente, proceder-se à habilitação do interessado e a sua inserção no cadastro de adoção, conforme o procedimento descrito adiante.

#### **2.2.2.3.1 Da habilitação**

O processo se inicia com o pedido formulado mediante a petição inicial dirigida ao Juiz da Vara da Infância e da Juventude, a qual deverá conter:

- a) qualificação completa do postulante (dados gerais como nome, nacionalidade, CPF, registro geral (ou identidade), estado civil, profissão e endereço, ou seja, a exigência padrão para qualquer inicial);
- b) dados familiares. Esclarecem Ribeiro, Santos e Souza que esses dados consistem na informação acerca da existência de filhos e demais pessoas que

residam no imóvel familiar, ou o fato de conviver em união estável (2011, p. 277).

Em razão da existência e do reconhecimento do pluralismo de estruturas familiares no ordenamento jurídico brasileiro, consoante discorrido no primeiro capítulo, conclui-se que os dados familiares se dirigem a qualquer estrutura familiar a que o postulante pertença;

- c) cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- d) cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
- e) comprovante de renda e domicílio;
- f) atestados de sanidade física e mental;
- g) certidão de antecedentes criminais;
- h) certidão negativa de distribuição cível.

O objetivo de se solicitar de início toda essa documentação é para que se possa analisar, desde o recebimento da petição inicial, se o postulante possui condições para adotar um menor. Embora seja uma análise perfunctória, já permite verificar a estabilidade da relação familiar, a situação financeira do potencial adotante, se a renda que dispõe é suficiente para atender às necessidades de uma criança ou adolescente, bem como se o ambiente familiar, à primeira vista, é favorável ao desenvolvimento de um menor.

Contudo, o exame mais aprofundado e subjetivo desses e outros aspectos será realizado no curso do processo de adoção, em particular quando da etapa da audiência com o adotando e adotante.

Recebida a petição inicial, a autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, abrirá vista dos autos ao Ministério Público que, atuando como *custos legis*, poderá, no prazo de cinco dias, solicitar as seguintes providências (ou outras que lhe pareçam cabíveis):

- a) apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei;
- b) requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas;
- c) requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

Além do estudo psicossocial, a ser elaborado por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, o postulante deverá participar de um programa de capacitação, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos (artigo 197-C, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Após a certificação da participação do postulante no programa mencionado e da juntada do estudo psicossocial nos autos, o juiz designará audiência de instrução e julgamento para análise das diligências solicitadas pelo Ministério Público, se houver. Do contrário, ou se as diligências forem indeferidas, será concedida nova vista dos autos ao Ministério Público para parecer, no prazo de cinco dias e, depois, encaminhados conclusos à autoridade judiciária para, também no prazo de cinco dias, emitir a decisão.

Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros constantes do artigo 50 e aguardará sua convocação para a adoção, que será feita de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de menores adotáveis (artigo 197-E).

### **2.2.2.3.2 Do processo da adoção de menores**

Chegando-se à posição na lista de cadastro do respectivo postulante e havendo menores adotáveis, dar-se-á início ao processo de adoção.

Na hipótese de os pais serem falecidos, tiverem seu poder familiar destituído ou suspenso ou, ainda, tiverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, o pedido poderá ser formulado diretamente em cartório, com a própria assinatura dos requerentes, não havendo necessidade da assistência de um advogado (artigo 166, *caput*, Lei nº 8.069/1990).

Na hipótese em que os pais ou representantes legais sejam vivos e concordem com a colocação da criança em família substituta (adoção consensual), eles serão citados para se promover a sua oitiva, quando deverão manifestar expressamente o seu consentimento. Se o consentimento tiver sido feito por escrito, este deverá ser ratificado em audiência para sua validade. O consentimento poderá ser retratado até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção à luz da previsão do artigo 166, §5º, Lei nº 8.069/1990.

Obtido o consentimento ou a sua dispensa, nas hipóteses aventadas no artigo 166, *caput*, a autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como o estágio de convivência.

Assim, o juiz, com fulcro no que foi apresentado até o momento, e levando em consideração as oitivas realizadas, poderá conceder a guarda provisória do adotando ao adotante e fixar ou dispensar, de acordo com sua convicção, o estágio de convivência nos moldes já apresentados (parágrafo único do artigo 167).

Esse acompanhamento e a elaboração do laudo técnico são indispensáveis para se perquirir, como mencionado anteriormente, se o tempo que passaram juntos foi capaz de cultivar afinidade e afeto entre o adotando e o adotante, imprescindíveis no convívio familiar.

Após apresentação do laudo, proceder-se-á à oitiva do adotando maior de doze anos para que manifeste seu consentimento. Igualmente, sempre que possível e necessário, consoante artigo 28, §1º, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada, hipótese em que se seguirá a sua oitiva com a presença desses profissionais.

A oitiva do menor está de acordo com as premissas do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois a sua opinião é importante para determinar o sucesso ou fracasso da futura relação paterno-materno-filial. Não se deve, porém, ignorar, como realçado por aquela cláusula estatutária, o estágio de desenvolvimento do menor, o que significa verificar o alcance de sua compreensão sobre a situação e apurar se o seu julgamento deve ser relevado para a deliberação da autoridade judiciária.

Por fim, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público para, no prazo de cinco dias, emitir parecer, e, então, os autos deverão ir conclusos à autoridade judiciária para decidir em igual prazo.

Caso não sejam apresentados recursos, a decisão transitará em julgado e a autoridade judiciária determinará o cancelamento do registro de nascimento original, bem como a confecção de novo registro de nascimento.

Se, entretanto, a criança ou adolescente ainda estiver sob o poder familiar dos pais biológicos e houver contraditório, haverá necessidade de comprovação de que os estes não cumprem seus deveres de parentalidade, impondo-se a **destituição do poder familiar**. Neste caso, após o ingresso da petição inicial e ouvido o Ministério Publico, o poder familiar será

suspensos e a guarda do menor será atribuída à pessoa idônea, mediante assinatura de termo de responsabilidade.

Os pais biológicos serão citados e deverão oferecer a contestação. Logo após, o Ministério Público deverá se manifestar e então o laudo técnico será solicitado e elaborado.

Diferentemente da adoção consensual, aqui o juiz marcará uma audiência para o depoimento dos adotantes, dos pais biológico ou representante legal, e para a oitiva do adotando, da mesma forma exposta na adoção consensual, se for o caso de modificação de guarda, bem como depoimentos de peritos e testemunhas.

Haverá, ainda, a sustentação oral das partes, inclusive do Ministério Público para, finalmente, o juiz prolatar a sentença. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

Ocorrida a destituição do poder familiar, o procedimento prosseguirá conforme o padrão anteriormente descrito, até a decisão final que constituirá a adoção e determinará o cancelamento do registro de nascimento original e a confecção de novo registro de nascimento.

#### **2.2.2.4 Dos efeitos da adoção estatutária**

Após o trânsito em julgado da sentença, por força do que dispõe o §6º, do artigo 47, há o desligamento do vínculo de parentesco do adotando com a sua família biológica e, ao mesmo tempo, a constituição de novo **vínculo de filiação** com o adotante ou adotantes e de parentesco com a sua família. Contudo, os impedimentos matrimoniais permanecem, obstante, então, o casamento ou qualquer outra forma de união afetiva entre o adotando e os seus ascendentes consangüíneos, afins em linha reta, irmãos legítimos ou não, germanos ou não e os colaterais até terceiro grau, sejam ou não legítimos.

Interessante anotar, ainda, que o vínculo de filiação quando da adoção póstuma retroage à data do óbito, a fim de incluir o menor na sucessão hereditária.

De mais a mais, não ocorre quebra dos laços de filiação na ocasião de adoção por um dos cônjuges ou companheiros do filho do outro. Neste caso, o liame de filiação antigo se conserva e um novo se agrega a essa relação: a do adotante com o adotado. Terá, nesse caso, direito à sucessão tanto de um quanto de outro, eis que é tido como filho legítimo do casal (artigo 41, §1º).

No que se refere à **sucessão**, o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aliado ao artigo 227, §6º, da Constituição Federal, determina que não haverá quaisquer distinções entre os filhos ou discriminações, atribuindo a todos os *mesmos direitos*. Nessa esteira, o artigo 41 do Estatuto renova a intenção e acrescenta o direito de suceder.

Portanto, o menor adotado participará da herança nos mesmos termos dos demais filhos, aplicando-lhe a mesma norma sucessória.

Uma das consequências da parentalidade está o **dover de alimentar**, que se aplica também ao adotando, se o pai ou a mãe vier a necessitar. Diante disso, como ressalta Granato, há uma obrigação recíproca no que tange aos alimentos (2009, p. 93).

Por fim, um dos efeitos da adoção é o **direito ao uso do patronímico do adotante** pelo menor, em razão da previsão contida no artigo 47, §5º, da Lei nº 8.069/1990. Ademais, o prenome do menor também poderá ser alterado caso o adotante assim solicite, com fulcro no dispositivo supracitado.

Essas características da legislação sobre adoção de menores no Brasil serão relevantes para o estudo acerca do questionamento da possibilidade jurídica de adoção por homossexuais, eis que a análise do tema deve ser feito por meio dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, bem como dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que cuidam do assunto como se verá a seguir.

### CAPÍTULO 3 - DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR HOMOSSEXUAIS

O direito homoafetivo é ainda um assunto tormentoso e delicado de se tratar, pois se encontra frequentemente associado ao preconceito. Ressaltou-se no primeiro capítulo deste trabalho que a união entre pessoas do mesmo sexo sempre existiu e que foi abordada de maneiras distintas ao longo da história da humanidade. Contudo, nos últimos séculos, em decorrência do poderio da Igreja sobre as relações sociais, o preconceito parece ter aumentado de forma significativa, até a segunda metade do século XX, quando diversos fatores sociais provocaram uma revolução social e cultural, alterando os paradigmas sobre família e filiação.

Surgiu um movimento universal para a preponderância e respeito aos princípios e direitos fundamentais, estabelecendo-se a dignidade humana como princípio orientador de toda a ordem jurídica, incidindo em todos os aspectos da sociedade. Ao passo que a dignidade se tornou um objetivo a ser perseguido por todos, com fulcro na igualdade e liberdade, surgiram novos princípios e direitos visando a sua efetividade, como reflexo dos anseios da época.

Assim, a sociedade, assimilando melhor o alcance da dignidade, compromissou-se com a não-discriminação, de início no que concernia às mulheres e, mais tarde, a um grande grupo de pessoas que vivem marginalizadas em razão de peculiaridades em sua personalidade, mas que não justificam esse tratamento tão desigual, como é o caso dos homossexuais ou homoafetivos.

A intolerância, felizmente, vem cedendo espaço, embora ainda de forma tímida, estabelecendo-se uma celebração às diferenças e ao seu respeito, de sorte que novos questionamentos vão surgindo sobre esses direitos das minorias. Entre esses questionamentos, em especial em virtude do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar,

surge a pergunta: homossexuais podem exercer a parentalidade? É a partir dessa pergunta que se desenvolverão os conceitos adiante.

### **3.1 Do direito à homoparentalidade à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação**

A Declaração Universal de Direitos Humanos prevê que a constituição de família depende da existência de filhos para que essa relação socioafetiva possa ser reconhecida como entidade familiar. Essa interpretação vem sofrendo modificações ao longo do tempo, principalmente em virtude da função eudemonista da família, que cimenta no afeto e na realização de seus membros a sua essência.

De acordo com Marianna Chaves, embora o conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos tenha passado por modificações, de modo a ser possível novas conformações familiares sem que haja prole, a previsão daquele documento significa o reconhecimento de um direito à parentalidade (*in DIAS, 2011, p. 364*).

O termo parentalidade, como explica Gama, surgiu na Constituição Federal de 1988 com a tradução do termo *parental responsibility*, nascido na Inglaterra em 1989, como “paternidade”. Contudo, o significado desse termo para os ingleses era mais restrito, expressando o principal conceito em favor dos interesses e do bem-estar da criança. Nada obstante, há, no texto constitucional, exemplos que permitem a identificação desse termo como parentalidade, como ocorre com a menção à família monoparental. Além disso, esclarece que a parentalidade se amolda perfeitamente à noção atual da distribuição de responsabilidades acerca dos filhos, eis que cabe tanto ao pai como à mãe o dever de zelar pelo menor. Nesse contexto o termo parentalidade retrata as relações paterno-materno-filiais (2003 *apud* MOSCHETTA, 2009, p. 98-99).

A parentalidade, como desdobramento do vínculo familiar que enlaça um adulto a uma criança ou um adolescente, revela-se como o exercício da função parental, “implicando cuidados com a alimentação, vestuário, educação, saúde etc., que se tecem no cotidiano em torno do parentesco” (ZAMBRANO *et al.*, 2006, p. 12). Até pouco tempo, esse exercício da função parental era destinado e outorgado apenas aos heterossexuais, e consistia tão somente no direito de ter filhos.

Entretanto, as enérgicas transformações que sucederam a respeito do conceito de família se espalharam por todo o direito de família, alcançando o conteúdo da parentalidade, de modo que atualmente o exercício da função parental não é imprescindível para a constituição de família, embora muitas pessoas idealizem na prole a sua perpetuação. Dessa forma, na esteira das mudanças sucedidas em relação à família, emergiu tanto o direito assegurado de ter filhos, como o de não tê-los, como expressão da liberdade sexual.

De fato, muitos heterossexuais, conquanto não tenham capacidade de gerar filhos, devido à infertilidade, não excluem a possibilidade de serem pais e de maneira alguma vêem, nesse fator, a negativa à parentalidade e à filiação. Encontram, assim, na adoção uma oportunidade do exercício da maternidade/paternidade.

De se ver, então, que a impossibilidade de procriar não pressupõe um obstáculo à ânsia de ser pai ou mãe, independentemente de se tratar de uma pessoa heterosexual ou homossexual. A dificuldade em se consentir a adoção de menores por homossexuais e, mais nitidamente, por casais homossexuais reside, como explica Elisabeth Zambrano, no temor da

destruição da civilização como consequência do rompimento da ordem simbólica, [mas] [...] a civilização não foi afetada pelas famílias homoparentais que já existiam há muito tempo na realidade social. Falta simplesmente seu reconhecimento legal (2007 *apud* MALUF, 2010, p. 168).

O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante disposto no primeiro capítulo, é uma realidade. O ordenamento jurídico pátrio, a partir da Constituição Federal, vislumbra de forma inequívoca o pluralismo de famílias no

direito brasileiro, admitindo uma variedade de conformações familiares que inclui a família homoafetiva.

O desejo de ter filhos é um atributo da personalidade humana, e não se limita apenas aos heterossexuais, manifestando-se também em indivíduos e casais homoafetivos, que, com o objetivo de verem essa vontade concretizada, procuram incessantemente no Judiciário a efetivação desse sonho.

Assim, com o intuito de se enfatizar o direito de parentalidade e de filiação dos homossexuais, a Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL) criou, em 1997 em Paris, o termo **homoparentalidade** que consiste em declarar que os homossexuais também possuem a capacidade de cuidar de crianças e adolescentes e de criar entre eles vínculo de afeto e de afinidade, ou seja, de serem pais ou mães.

O direito à homoparentalidade está em plena sintonia com o princípio da **dignidade humana**, já que a orientação sexual, como parte inerente do indivíduo, tem um valioso papel na procura da felicidade, devendo a pessoa ser livre para escolher o seu companheiro sem que seja penalizado por isso, podendo, então planejar livremente o futuro de sua família. Dessarte, cercear a prática da felicidade, mediante a opção de se ter filhos, em virtude da orientação sexual é lhes negar uma parcela de seu ser.

Nesse sentido, o direito à homoparentalidade concerne à própria formação da identidade de cada ser humano, de sorte que estabelecer um tratamento diferenciado em face de sua orientação sexual malfere, nas palavras de Torres, “o mais sagrado dos cânones do respeito à dignidade humana, que se resume no princípio da igualdade e na proibição de tratamento discriminatório de qualquer ordem” (2009, p. 113).

A restrição à parentalidade pelos homossexuais é diametralmente contrária ao respeito aos direitos fundamentais e, mormente, no direito de personalidade, pois aí se

encontra inserido o direito de ter filhos que faz parte do ideário humano e do desejo íntimo e pessoal do indivíduo (DIAS, 2007, p. 211).

A partir do princípio da dignidade humana, é fácil compreender a agressão a que se submete uma pessoa homoafetiva quando se nega a ela o direito de parentalidade. Da mesma forma que o direito de constituir família e da convivência familiar retratam uma característica inerente à pessoa humana, tendo em vista que a sociedade sempre se desenvolveu em volta da família, o direito à paternidade/maternidade exprime a extensão daquele direito.

Como se afirmou, a dignidade da pessoa humana abrange a promoção do bem-estar do ser humano em todos os seus aspectos e permite o exercício da autodeterminação do indivíduo, cabendo-lhe escolher o modelo de formação familiar bem como estabelecer o controle da própria vida, de seu futuro.

Um Estado Democrático de Direito que negue o direito à parentalidade a uma pessoa em face de sua homossexualidade

obsta a sua realização pessoal, viola [...] seus direitos à igualdade e à não-discriminação, obstrui o exercício da cidadania e coloca em xeque a própria democracia e dignidade das pessoas, ao deixar de promover positiva e igualitariamente as liberdades fundamentais de todos os seus cidadãos (CHAVES, Marianna *in DIAS*, 2011, p. 365).

Cumpre ressaltar que se de um lado o princípio da dignidade humana assegura o tratamento igualitário a qualquer pessoa, de outro, prescreve o direito a não ser discriminado (GIRARDI, 2005, p. 53).

De mais a mais, assim como o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares indica o respeito à dignidade dos homossexuais como pessoas, a declaração do direito à parentalidade de indivíduos ou casais homoafetivos assegura a sua identidade como ser humano e como cidadãos que, ao lado da imposição de deveres, detém direitos que lhes tornam mais dignos e felizes.

De maneira semelhante, o **princípio da liberdade** atua como orientador da interpretação desse direito, com vistas a evitar uma compreensão equivocada, sujeita a trazer malefícios às pessoas envolvidas na pretensão de parentalidade e filiação.

Como ressaltado, a liberdade convive em total harmonia com os princípios da dignidade humana e da igualdade, e juntos, funcionam como pilares da ordem constitucional vigente com o propósito de promover o bem-estar, a felicidade, a todos os brasileiros.

A fim de que se possa efetivamente garantir essa vida digna e harmoniosa a todos, o legislador verificou a necessidade de se estabelecer a liberdade a todas as pessoas, que inclui o poder de autodeterminação. Este poder revela o seu conteúdo na liberdade de escolha que cada um possui sobre o seu destino, delineando o enredo de sua existência, por meio da escolha da estrutura familiar a que pertencerá e se terá ou não filhos.

Desdobra-se, então, o direito à parentalidade, no direito à autodeterminação dos indivíduos, que “não deve ser limitado ou cerceado”, pois implicaria em obstrução ao “direito inalienável das pessoas a ter filhos” (CHAVES *in DIAS*, 2011, p. 366).

A determinação de ter ou não filhos representa, ainda, que a liberdade consigna o direito a uma decisão individual ou do casal no que tange à parentalidade e à filiação, evidenciando o papel do planejamento familiar insculpido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, como ensina Paulo Lôbo (2011, p. 70), senão vejamos.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o **planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Grifou-se)

O planejamento familiar compõe “o conjunto das necessidades e aspirações de uma família”, pode ser entendido como um direito fundamental e de personalidade, vez que é sustentado pelo ditame constitucional da dignidade humana e da parentalidade responsável (MOSCHETTA, 2009, p. 139 e 140).

É patente, então, a prescrição da Constituição Federal no sentido de não haver ingerência do Estado no que diz respeito ao planejamento familiar, exceto se houver realmente necessidade, como nas situações em que os pais não obtenham êxito em proporcionar os meios para o desenvolvimento do menor, a saber, privação de alimentação, prejuízo à saúde, carência de estudos escolares, maus tratos, dentre outras.

Com isso, é flagrante a falta de motivos a justificarem a liberdade dos homossexuais em disporem sobre a própria vida e, notadamente, acerca da ampliação de sua família com o advento de filhos, biológicos ou não.

Em outro aspecto, o **princípio da igualdade** previne a interpretação de que o direito à parentalidade deve ser atribuído unicamente aos heterossexuais. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio empregado quando se discorreu acerca das famílias homoafetivas, até mesmo em virtude de seus integrantes que, obviamente, são homossexuais.

Consoante demonstrado anteriormente, os homossexuais possuem os mesmos direitos atribuídos aos heterossexuais em razão da máxima do princípio da igualdade, a qual implica em se conceder o mesmo tratamento às pessoas, salvo se houver uma razoável e necessária diferenciação, que deverá ser devidamente comprovada.

Neste contexto, recusar o direito à parentalidade ao homossexual denota conferir-lhe um tratamento desigual e injusto, eis que a sua identidade sexual, como já esclarecido, de maneira alguma serve de justificativa para essa disparidade de tutela jurídica.

Por certo, se a família homoafetiva não pode sofrer limitações no tocante ao seu reconhecimento ou a sua proteção pelo Estado, por possuir o mesmo grau de dignidade das demais estruturas familiares e merecer o mesmo tratamento, não pode, outrossim, um membro dessa família ser alvo de discriminação ou limitação em seu desejo de ser pai ou mãe.

Perfilhando deste juízo, Moschetta assevera que

[...] a homoafetividade, protegida pelo manto do princípio da igualdade, não pode receber tratamento diferenciado daqueles destinados aos heteroafetivos, fundamentado unicamente na orientação sexual. Da mesma forma, a questão não

pode ser vista por outro prisma, senão o isonômico, quando pares homoafetivos que desejam o exercício da parentalidade, atendido o melhor interesse da criança ou adolescente, buscam o estabelecimento de vínculos paterno-materno-filiais na maternidade/paternidade que, no caso, se concretiza por meio da adoção [...] (2009, p. 122-123).

Demais disso, de acordo com o exposto alhures, não pode uma norma infraconstitucional proibir aquilo que a lei constitucional não impôs limitações, por força do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Cabe frisar, então, que inexiste no texto constitucional restrição expressa ao exercício da parentalidade, bem como da filiação, por homossexuais, sendo inaceitável a recusa desse direito.

Ao se manifestar sobre o assunto, Sapko abaliza que

[...] tanto homens, como mulheres, (sic) têm os mesmos direitos e obrigações perante a lei, não se podendo operar, dentre eles, qualquer exclusão ou limitação, já que o dispositivo legal não dá margem a isto, obstando distinção de qualquer natureza, não sendo permitido ao intérprete operar restrições ou exclusões não previstas ou autorizadas (2009, p. 78).

Com efeito, a Constituição Federal tem como uma de suas características a de ser inclusiva, em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da não-discriminação e da legalidade. As cláusulas dispositivas da parentalidade, por essa razão, estão certamente tuteladas por esses princípios, não podendo ser esse direito rechaçado.

Impende relembrar, por fim, ser condenável, pelo Estado Brasileiro, qualquer tipo de **discriminação**, princípio este reforçado em diferentes dispositivos constitucionais.

Quando se vislumbra uma limitação como regra, sem que esteja explicitamente entalhada no ordenamento jurídico, e, em particular, devido à orientação sexual de uma pessoa, comete-se, por um lado, injustiça em virtude de um tratamento desigual sem previsão normativa e, por outro, atenta-se contra a liberdade sexual, caracterizando tratamento discriminatório, movido por preconceito.

Parte-se, de forma errônea, da idéia de que o homossexual não detém a capacidade de amar e de criar um menor, como se fossem sujeitos de segunda categoria, incapazes de

educar uma criança ou de um adolescente simplesmente em decorrência de sua orientação sexual.

Insta mencionar, nesse contexto, que a orientação sexual não implica a inexistência de zelo, irresponsabilidade ou a incapacidade de exercer as atribuições atinentes à maternidade ou à paternidade. Corroborando com essa assertiva, Marianna Chaves esclarece:

É imperioso ressaltar que nem todo ser humano possui a capacidade ou vocação para exercer a parentalidade, mas, indubitavelmente, não será a orientação sexual do indivíduo que irá definir se ele conseguirá desempenhar, com dedicação, afetividade e efetividade à sua função parental” (*in DIAS, 2011, p. 363*).

A orientação sexual de uma pessoa não é óbice para que ela possa se candidatar à adoção, de modo que não existe no procedimento de habilitação qualquer menção a essa exigência, estando em pleno acordo com o Direito Brasileiro que veda, em sede constitucional, a discriminação em todas as suas manifestações, inclusive no tocante à orientação sexual. Nas palavras de Sávio Bittencourt, “se o problema [da adoção homossexual] existe, está nos corações e mentes” e não na lei (2010, p. 145).

Diante disso, verifica-se, de início, que

a viabilidade do exercício do direito à paternidade por pares homoafetivos não encontra nenhum óbice no âmbito dos direitos fundamentais; ao revés, encontra-se garantida pelos princípios da igualdade, do pluralismo das famílias e da não-discriminação, sendo um direito inerente a todo ser humano inspirado no respeito à dignidade humana” (TORRES, 2009, p. 115).

Com fulcro nos princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, conclui-se que não há qualquer óbice ao homossexual exercer a parentalidade, seja biológica ou a afetiva, por meio da adoção. A adoção pretende, como aventado no segundo capítulo, a colocação de um menor em uma família substituta, apta a lhe dar o desvelo e carinho necessário ao seu desenvolvimento sadio. Envolve, pois, o direito à parentalidade e o direito à filiação, próximo assunto a ser tratado.

### **3.2 Do direito à filiação**

Ao lado do direito à parentalidade, caminha o direito à filiação que, igualmente inserido no planejamento familiar, significa o reconhecimento jurídico do pertencimento de uma criança, adolescente ou adulto a um determinado grupo de acordo com as leis sociais desse grupo (ZAMBRANO *et al.*, 2006, p. 12).

Como ensina Paulo Lôbo, a filiação se estabelece entre duas pessoas, sendo uma delas a nascida da outra, ou vinculada por meio de posse de estado de filiação, ou por concepção derivada de inseminação artificial ou, ainda, adotada (2011, p. 216).

Diogo Leite de Campos assevera de forma pertinente que a filiação é uma faculdade atribuída a todas as pessoas “de se realizar como humano; de prosseguir a sua felicidade”, extraíndo-se o seu conteúdo eminentemente personalíssimo, cujo fim é a persecução da materialização da dignidade humana (1997 *apud* FARIAS; ROSENVOLD, 2008, p. 476).

De acordo com Ana Paula Ariston Barion Peres, ao eleger a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, o constituinte o colocou como um dos pilares da ordem jurídica pátria, servindo de orientação a todas as normas jurídicas que a ele se submetem, com repercussões no direito de família, e, por conseguinte, no que concerne à de filiação. Nesse aspecto, destaca três traços característicos dessa mudança a respeito da filiação delineados por Gustavo Tepedino:

1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular os filhos;
2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos;
3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de genitores (1999 *apud* PERES, 2006, p. 105).

O direito à filiação deve ser analisado do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, cuja função precípua é a de promover, em especial, o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, pois estes são os reais sujeitos de direito nesse contexto. De um lado, destaca-se o direito dos adultos de, independentemente de sua

orientação sexual, serem pais; de outro, o dos menores de pertencerem a uma família na posição de filhos.

Pode-se dizer que embora o direito à filiação englobe o direito à convivência familiar, ele é mais amplo, eis que entrevê que a convivência deve ocorrer, se possível, junto aos pais. Não significa, todavia, a obrigatoriedade de que se dê com os pais biológicos, até mesmo se esses não reunirem os requisitos necessários a uma boa convivência familiar ou para suprir as necessidades da criança ou do adolescente.

A esse respeito, Maria Berenice informa ter sucedido no direito à filiação transformação similar à do direito de família como um todo: o afeto assumiu o papel de protagonista, estabelecendo-se como

elemento identificador das entidades familiares, e é esse mesmo sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A jurisprudência passou a atentar no melhor interesse da criança e a deferir a filiação **a quem ela considera pai e que a ama como filha. Tal fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica** (2003, grifou-se).

A filiação, então, procura aquilo que for melhor para o menor, com objetivo em lhe conceder a proteção integral a que o Estatuto da Criança e do Adolescente se compromete.

Sob esse mesmo prisma, Farias e Rosenvald consideram ter o afeto infligido uma nova arquitetura para o instituto da filiação, de sorte que

Todo e qualquer tipo de relação paterno-filial [ou de parentalidade] merece proteção especial no cenário descortinado pela Constituição da República, o que, em última análise, corresponde à tutela avançada da pessoa humana e de seu (sic) intangível dignidade (2008, p. 474).

A adoção se presta, nessa conjuntura, a oferecer uma opção tanto aos adultos homossexuais que aspiram exercer a parentalidade, mas em face de dificuldades naturais se vêem limitados e, portanto, percebem na paternidade/maternidade socioafetiva o ensejo para a efetivação de seu desejo parental.

Por outro lado, a adoção se revela como uma das modalidades de colocação de menores em famílias substitutas, mas de forma definitiva, criando efetivamente vínculos

afetivos e paterno-materno-filiais, tendo como alvo a sua inserção em ambiente familiar que lhe permita o crescimento completo, físico, psíquico, moral e afetivo.

Destarte, o instituto da adoção é uma via, consoante mencionado no segundo capítulo, de mão dupla, e que precisa tanto do adulto como do menor para se efetivar e, para isto, os seus interesses devem estar alinhados.

A adoção se materializa, assim, se estiverem presentes os objetivos estipulados na Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo propósito precípua é a proteção integral do menor.

### **3.3 Da adoção por homossexuais em face da proteção integral ao menor**

O primeiro artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente já evidencia o seu objetivo mor: o de promover a integral proteção do menor.

A proteção integral prevê a obrigatoriedade de o Estado e a sociedade se esforçarem para propiciar à criança e ao adolescente as circunstâncias ideais para a sua formação, como saúde, alimentação, lazer, orientação, carinho, em outras palavras, providenciar-lhes uma vida cujos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade sejam respeitados.

A adoção tem como condão buscar na família substituta essa proteção, já que os pais biológicos não quiseram ou não puderam lhe oferecer. Certamente, não serão nas instituições abarrotadas de crianças e adolescentes, verdadeiros “depósitos de gente” (como corretamente sublinhou o promotor Sávio Bittencourt em entrevista à Rede Globo para a série “Filhos do coração”, exibida 13/02/2008), que esses menores encontraram o apoio tão imprescindível durante o período de desenvolvimento de sua personalidade.

Muito menos nas ruas se, após completarem a maioridade, tiverem que sair desses acolhimentos sem ter um local que as abrigue e se verem fadadas, uma vez mais, ao

abandono. De fato, aqueles que defendem a impossibilidade de adoção de menores por homossexuais desconhecem o triste futuro que os aguarda na ausência de uma adoção. Portanto,

Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais, na verdade, é negar às crianças abandonadas pelos pais, ou que foram deles retiradas em razão de violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas, onde poderiam ter o carinho e o amor que necessitam (DIAS, 2009, p. 216).

A proteção integral não é um empecilho à adoção de crianças e adolescentes por indivíduos ou casais homossexuais, desde que eles possuam os quesitos para o exercício da parentalidade. A respeito dessa questão, Silva Júnior frisa que a legislação específica, ao assinalar a proteção integral dos menores, quis “possibilitar o reforço dos vínculos parentais, pela valorização socioafetiva” mediante a colocação dessas crianças e adolescentes em famílias substitutas. Ademais, o autor conclui ser do intento da Lei nº 8.069/1990, quando se referiu ao lar substituto, estar em acordo com

os princípios constitucionais inclusivos, na medida em que vislumbra o ente familiar, para além daquela restrição discriminatória, desde que se apresente **como o locus afetivamente adequado à situação peculiar de desenvolvimento dos menores** [...] (2007, p. 53, grifou-se).

Averiguando-se, pois, que os interessados homoafetivos em adotar um menor disponham de um ambiente familiar adequado, onde a criança ou o adolescente tenha acesso à saúde, ao cuidado, à orientação em todos os aspectos, inclusive ao ensino, ao lazer, à alimentação, à vestimenta, e, acima de tudo, ao carinho e afeto de seus futuros pais, por que negar? Por que impedir aos candidatos à adoção e ao menor a possibilidade de seres felizes?

Decorre do princípio da proteção integral o **princípio do melhor interesse**, cujo escopo é o de verificar em todas as situações, notadamente da colocação do menor em família substituta, se a decisão a ser tomada é a que melhor irá atender às necessidades da criança ou do adolescente.

### **3.4 Da adoção por homossexuais em face do princípio do melhor interesse**

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem o fito de analisar as prioridades do menor e se o pedido de adoção formulado atenderá a essa demanda. Muito mais relevante para o menor que se encontra em um abrigo é ter um lar repleto de carinho do que o estado civil ou a orientação sexual de seu adotante.

Nesse diapasão, Sávio Bittecourt ensina que a adoção deve atender ao interesse do menor e, com esse objetivo, a lei determina que

Todos os que pretendem adotar devem ser analisados em seus aspectos psicológicos, comportamental e ético para a proteção do adotando. Seja o pretendente homo ou heterossexual, deve ser examinado se seu estilo de vida é compatível com a educação e criação de uma criança [e adolescente], se seu comportamento é equilibrado, enfim, de tem aquelas qualidades conhecidas como propícias à convivência com um ser em formação.

Não se pode conceber a proibição da adoção por homoafetivos genericamente, pelo fato de simplesmente terem essa orientação, por significar um preconceito tolo e desarrazoado. Não são homoafetivos as pessoas que atiraram seus filhos pelas janelas ou nas ruas, rios e lagoas, [...] as pessoas que alugam seus filhos para uso abjeto de adultos pervertidos [...] como revelou à sociedade a CPI da pedofilia (2010, p. 145-146).

O autor retrata a realidade da sociedade, indicando que, independente da orientação sexual, as pessoas cometem atrocidades e sujeitam seus filhos a maus-tratos. Assim, a prudência para com a colocação de crianças ou adolescentes em famílias substitutas por meio da adoção deve ser a mesma para o adulto interessado heterosexual ou homoafetivo. Ademais, considerando que no casal homoafetivo a probabilidade de se ter um filho biológico é menor, a adoção quase sempre se apresenta como uma forma de suprir essa lacuna afetiva e ocorre geralmente de forma consciente.

Em compasso com a afirmação supracitada, e partindo da acepção de que há um direito fundamental à reprodução e à constituição de família, que abarca também a parentalidade, destaca Marianna Chaves que “uma das grandes diferenças entre os casais heterossexuais e os homossexuais é que para gays e lésbicas a parentalidade é, via de regra, uma decisão consciente” (*in DIAS* 2011, p. 365).

Matos leciona que o princípio da igualdade, apto a derrubar as barreiras do preconceito e da discriminação, pode se coadunar com o do melhor interesse da criança e do adolescente, de tal sorte que não “se pugna genericamente pela adoção por par homossexual”, devendo este estar habilitado a atender a oferecer um ambiente familiar adequado, assim como os heterossexuais (2006, p. 26).

Vale repisar que o melhor interesse da criança e do adolescente não importa, imediatamente, uma contraposição à concessão de adoção por pares homossexuais. Deve-se atentar para as características do homoafetivo interessado ou do casal homossexual, averiguando-se se o direito à parentalidade e o melhor interesse do menor possam ser conjugados, possam coexistir de forma harmônica. Dessa forma, percebe-se que um não afasta o outro necessariamente, exceto se comprovado que as condições ofertadas pelo casal, heterossexual ou homossexual, não estão de acordo com as necessidades do menor e não são capazes de propiciá-lo uma convivência familiar adequada.

Com vistas a responder à indagação no tocante à presença ou não da proteção do interesse do menor na adoção pleiteada, Spengler acentua o relevo do auxílio das equipes interdisciplinares que irão investigar se a colocação da criança ou do adolescente na família substituta, homoafetiva ou heterossexual, será positiva e, consequentemente, aconselhada (*in* DIAS, 2011, p. 353-354).

### **3.5 Da suposta ingerência da orientação sexual dos pais homoafetivos na sexualidade de crianças e adolescentes e da dualidade de sexos para a formação infanto-juvenil**

A doutrina contrária à adoção de menores por homossexuais por vezes invoca os princípios da proteção integral e do melhor interesse para afastar a possibilidade de deferimento do pedido de adoção por homoafetivos. Recorrem ao suposto despreparo dos homossexuais e de sua influência negativa na formação infanto-juvenil, sugerindo que

homossexualidade é uma espécie de vírus ou doença que se adquire pela convivência. Nada mais ultrapassado.

Estudos realizados em várias partes do mundo indicam que o desenvolvimento sexual do menor não está diretamente vinculado à orientação sexual de seus pais, tendo sido atestada a relevância de suas experiências sociais para a definição de sua sexualidade (FARIAS, Mariana; MAIA, Ana Cláudia, 2009, p. 112) .

Basta um breve exame na sociedade atual para se constatar que uma parcela preeminente dos homossexuais adveio de famílias essencialmente heterossexuais e até mesmo machistas, não havendo a correlação suscitada.

O posicionamento daqueles que sustentam que a convivência familiar com homossexuais traria para a criança e o adolescente consequências na sua opção sexual reflete nada mais que o preconceito da sociedade para com os homossexuais, respondendo bem a essa crítica Luiz Carlos de Barros Figueirêdo:

Aqueles mais reacionários sustentam que os adotados tenderão a ser homossexuais também, embora não consigam contrapor este suposto determinismo de opção sexual pela repetição daquela dos pais ao fato de que todos nós (exceto os raríssimos casos de fertilização *in vitro*) advimos de relações heterossexuais, o que, como consequência da tese desarrazoadas, levaria à que não existisse nenhum homossexual no mundo. Também não escapam de exemplos que negam tal determinismo com filhos biológicos ou adotivos, quando na companhia do pai ou de mãe homossexual, mas que são heterossexuais (2001, p. 24).

Também nessa esteira, Uziel informa que

estudos comparativos entre crianças que convivem diariamente com apenas um dos genitores, hetero e homossexuais, não evidenciaram diferenças significativas no que tange à escolha de objeto sexual por parte dos filhos, o mesmo tendo sido observado em pesquisas dos anos 90 (Sullivan, 1995). Outros grupos de crianças que conviviam apenas com a mãe, lésbica ou heterossexual, foram comparados sem diferenças significativas, apenas um fator comum tendo chamado a atenção: a tranquilidade das crianças variava em função do tipo e do grau de atrito entre os pais (2002, p. 61).

Insta sinalizar, ainda, que essa alegação encerra, em si, um preconceito e uma discriminação, manifestando o temor de que crianças e adolescentes venham a se tornar

homossexuais, demonstrando que parte da sociedade brasileira permanece qualificando a homossexualidade como doença.

Silva Júnior, perquirindo sobre a eventual influência da homossexualidade dos pais na orientação sexual dos filhos, encontra em vários autores resposta inconclusa, eis que não se obteve êxito em se provar a observância dessa ingerência. Entremes, várias das pesquisas utilizadas pelo autor indicam estar a constituição da identidade sexual ligada aos “relacionamentos horizontais das crianças”, ou, em outras palavras, aos relacionamentos sociais com outras crianças e adolescentes (2007, p. 110).

Nessa linha, em trabalho que resultou na cartilha “O direito à homoparentalidade”, Zambrano e outros autores realizaram pesquisas bibliográficas nas áreas da antropologia, da psicologia e jurídica a esse respeito. Constataram, mediante análise de pesquisas empíricas levadas a efeito por diversos especialistas, inexistir

diferenças em relação à habilidade para o cuidado de filhos e à capacidade parental de pessoas heterossexuais e homossexuais, bem como [...] não haver diferenças significativas entre o desenvolvimento de crianças criadas por famílias heterossexuais quando comparadas àquelas de famílias homossexuais (2006, p. 21).

Interessante notar a pesquisa desenvolvida por Stacey e Biblarz, pois, além de afirmar que não existem diferenças entre pais e mães homossexuais e heterossexuais, concluem ainda que a homofobia e a discriminação são as principais razões pelas quais a orientação sexual dos pais é tão relevante, de modo que esta não é decisiva para a formação da identidade sexual de seus filhos (2001, p. 172 e 177).

Inobstante as manifestações de que a criança e o adolescente carecem da presença feminina na figura da mãe e de uma presença masculina na figura do pai, essa dualidade de papéis figura uma ordem simbólica em declínio na sociedade contemporânea, em virtude do pluralismo de entidades familiares, como a monoparental.

Em trabalho realizado sobre o assunto, Patterson constata que a criança se desenvolve melhor quando é criada por mais de uma pessoa, independentemente da

orientação sexual. De maneira similar, Susan Golombok *et al* verificou não haver incidência sobre o desenvolvimento psicológico e da identidade sexual dos filhos a ausência de pais de sexos diferentes (*in ZAMBRANO*, 2006, p. 21 e 23).

Por conseguinte, não há comprovação nas pesquisas realizadas, cujos exemplos acima demonstram, de que a falta de dualidade de sexos dos pais será determinante para o desenvolvimento da criança ou do adolescente, até mesmo porque essas referências de gênero são identificáveis pelo menor nas experiências sociais ao longo de sua vida. Logo, é inaceitável a negativa de adoção por homossexuais com esteio em tais argumentos.

Nas palavras de Roudinesco,

[...] será preciso admitir também que os pais homossexuais são diferentes de outros pais. Eis por que (sic) nossa sociedade deve aceitar que eles existem *tais como são*. Ela deve lhes conceder os mesmos direitos. **E não é obrigando-se a serem ‘normais’ que os homossexuais conseguirão provar sua aptidão a criar seus filhos [...]** (2002, p. 158, grifou-se).

Em outro aspecto, é constante as indagações a respeito dos constrangimentos a serem sofridos pelas crianças e adolescentes adotados por homoafetivos, mormente em face do preconceito nitidamente manifestado pela sociedade brasileira. Insta então esclarecer que toda mudança de paradigmas ao longo da história da humanidade sempre veio acompanhada de alguns traumas, tanto por quem a ela resiste quanto por aqueles que a propõe.

Não significa, porém, que se deve acovardar frente a essas transformações, pois do contrário, a sociedade ainda estaria submetida a um modelo patriarcal; os negros continuariam na condição de escravos; as mulheres não teriam alcado posições de destaque no mercado de trabalho; o divórcio ainda seria um tabu e inaceitável; os filhos gerados em famílias não tradicionais seriam ilegítimos, somente para ilustrar algumas modificações que tiveram lugar ao longo dos anos.

Especificamente no que tange aos filhos, é de se lembrar que aquelas crianças ou adolescentes que foram frutos de um casamento fracassado durante muito tempo foram discriminados em face do preconceito da sociedade da época com relação ao desquite ou ao

divórcio. Acostumando-se ao novo paradigma, as relações sociais avançaram significadamente de modo que o divórcio na atualidade é encarado com naturalidade e até mesmo incentivado se a relação afetiva do casal estiver destroçada, imprimindo infelicidade ao lar.

De se ver, então, que a alegação de que a criança ou o adolescente irá padecer devido à discriminação e ao preconceito da sociedade é desarrazoada, visto que a convivência social diurna com os novos padrões familiares, e isto inclui a parentalidade por homossexuais, a sociedade irá gradativamente se libertando do preconceito e da intolerância. Esse avanço nunca ocorrerá, contudo, se os defensores dessa luta cederem a esse discurso que mascara o seu verdadeiro propósito, eis que se funda, em seu âmago, no preconceito.

Tendo sido descortinada a ausência de conflito entre a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais e os princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor, e aferindo-se que a orientação sexual dos pais não intervém, necessariamente, na identidade sexual dos filhos, cabe examinar se a legislação brasileira prescreve limitação à adoção de menores por homoafetivos.

### **3.6 Da possibilidade jurídica de adoção de crianças e adolescentes por homossexuais à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente**

Consoante o exposto nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988 é uma Carta inclusiva em todos os aspectos, mormente em decorrência da expressa condenação às práticas discriminatórias devido ao princípio da dignidade humana que, ao lado dos princípios da igualdade e da liberdade, forma os pilares da ordem jurídica brasileira.

Partindo-se da sistemática do artigo 226 da Constituição Federal e interpretando-o conforme os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, constatou-se que a família hodierna é plural e que o rol

constante do referido dispositivo é simplesmente exemplificativo, aceitando o ordenamento jurídico brasileiro outras conformações familiares que atendam aos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, independentemente de orientação sexual, sob pena de flagrante tratamento desigual, desumano e discriminatório. Chegou-se, então, à conclusão de que os homossexuais gozam do mesmo direito de constituição de família dos heterossexuais, devendo-lhes ser atribuídos também todos os direitos daí decorrentes.

Como resultado, o direito à parentalidade também lhes pertence (homoparentalidade), por força dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, consoante discorrido no início deste capítulo, pois, além de ser uma característica inerente do ser humano, o desejo de ter filhos faz parte do planejamento familiar da pessoa ou do casal, e pode ser concretizado mediante a filiação biológica ou afetiva (adoção).

Impende trazer à baila, o entendimento de Viviane Girardi a esse respeito, informando ser a Constituição Federal um “sistema aberto”, conduzido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que serve como cláusula geral dos direitos da personalidade. Nesse contexto, esclarece a autora, cabe ao indivíduo reivindicar ao Estado a promoção dos direitos essenciais à realização de sua personalidade, como no caso dos direitos de paternidade e maternidade. Nas suas palavras,

Nesse cenário jurídico se localiza a possibilidade da reivindicação do exercício à paternidade ou maternidade, via adoção de crianças [e adolescentes] por pessoas de orientação homossexual, sempre que tal exercício não importar, *prima facie*, em violação aos direitos e interesses da criança envolvida (requisito necessário a ser cumprido em toda e qualquer adoção) e representar uma satisfação das necessidades essenciais da personalidade daquele que pretende ser pai ou mãe pela adoção (2005, p. 34 e 56).

Sob o prisma dos princípios constitucionais, não há qualquer vedação para que os homossexuais se candidatem à adoção e, caso estejam habilitados, se tornem pais da criança ou do adolescente apto a ser adotado. Tal entendimento se extrai tanto da análise do artigo 227 da Constituição Federal, que ao dispor da adoção, limitou-se somente a informar que esta

será assistida pelo Poder Público, e que deriva do dever prioritário de se assegurar a convivência familiar do menor ou na família natural ou na substituta, como dos princípios e direitos fundamentais estampados naquela norma fundamental.

Em momento algum há na Constituição Federal menção a respeito da orientação sexual dos adotantes ou de seu estado civil. Afinal, ao determinar a proteção integral das crianças e adolescentes, o referido diploma priorizou a sua colocação em uma família que lhe conceda todas as prerrogativas indispensáveis ao seu desenvolvimento, não importando se essa pessoa é homem ou mulher, heterossexual ou homoafetiva, solteira ou compromissada.

Ademais, seria contraditório se, após a norma constitucional fixar um sistema jurídico firmado na promoção do bem-estar de todos, no respeito e na promoção da dignidade da pessoa humana e na repulsa ao tratamento desarrazoadamente desigual e discriminatório, o legislador infraconstitucional instituísse uma cláusula de barreira, denegando o acesso de um considerável número de cidadãos ao direito à parentalidade e à filiação.

Ainda, como realça Ana Carla Harmatiuk Matos, “o texto Constitucional (sic) de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente apresentam-se como um sistema aberto, de modo a dialogar com as transformações sociais” (2006, p. 25). Quando se fala em adoção é relevante considerar, por conseguinte, as vicissitudes por que passou o direito de família, destacando-se ao longe o valor atribuído ao afeto, que deve permear todas as relações adstritas a esse direito.

Sob essa mesma ótica, Girardi assevera ser necessária a “adequação e a sistematização da legislação infraconstitucional, com a nova perspectiva de valores e princípios de natureza econômica, social, políticos e éticos” trazida pela Constituição Federal, em virtude de ocupar posição isolada no cume da pirâmide hierárquica jurídica, cabendo ao magistrado levar em conta “a prioridade das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto” (2005, p. 37).

Nessa senda, a leitura da Lei nº 8.069/1990 deve se pautar pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais e pela afetividade, com o fim de se atender o principal intuito do Estatuto da Criança e do Adolescente: a proteção integral do menor.

No que tange ao adotante, cumpre observar a ausência, entre os requisitos, de alusão à orientação sexual do interessado, reiterando o legislador ordinário a vedação a qualquer forma de discriminação, “o que reforça a adequação à Constituição Federal” (MOSCHETA, 2009, p. 151).

Logo ao cuidar da colocação do menor em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente é indiferente no que concerne à estrutura familiar que servirá de abrigo ou que sucederá a família natural, *ipsis litteris*:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Em seguida, a referida lei, ao tratar especificadamente da família substituta, preocupa-se apenas em indicar que a inserção do menor nessa família deve ser compatível com a medida a ser aplicada (guarda, tutela ou adoção) e oferecer um ambiente familiar adequado (artigo 29).

Nos dois dispositivos citados acima não há qualquer menção à orientação sexual dos candidatos à adoção, de modo que infligir essa limitação implica em uma vedação não autorizada expressamente, nem pelo legislador constituinte, já que este declarou a repulsa à discriminação, nem o legislador ordinário, pois não previu essa proibição. Interpretações contrárias a essa acarretariam o desrespeito ao instituído no artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Nesse mesmo compasso, Silva afirma:

O Estatuto da Criança e do Adolescente não contém dispositivo legal tratando de adoção pleiteada por homossexuais. Por causa dessa omissão, é possível que alguns estudiosos entendam inviável a adoção por homossexuais. A nosso ver o homossexual tem direito de adotar um menor, salvo se não preencher os requisitos

estabelecidos em lei. Aliás se um homossexual não pudesse adotar uma criança ou adolescente, o princípio da igualdade perante a lei estaria abertamente violado. E mais: apesar da omissão legal, **o ECA não veda, implícita ou explicitamente a adoção por homossexuais. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva** (*apud* GIRARDI, 2005, p. 89).

A esse respeito, Silva Júnior destaca que o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o menor seja inserido em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, mas não faz qualquer reserva acerca do “[...] direcionamento afetivo dos genitores ou adotantes, posto que (sic), no mínimo, a ressalva seria preconceituosa, inconstitucional e distanciada dos avanços científicos [...]” (2007, p. 103).

Neste mesmo passo, Peres (2006, p. 82) e Fernandes (2004, p. 105) não encontram nenhum óbice no artigo 29 do Estatuto em comento no que concerne à adoção por homossexuais, inexistindo, a seu ver, malefícios ao menor em razão da homossexualidade dos adotantes. A última, inclusive, vai mais além, considerando a regra do citado artigo como “fórmula ampla, abrangente, que permite a análise de cada caso [...]” de acordo com as suas particularidades.

Com efeito, a colocação do menor em família substituta deverá sempre ser efetivada de forma cautelosa, identificando-se as peculiaridades do caso concreto, com vistas a se averiguar se a adoção pretendida oferecerá reais vantagens ao adotando e se os motivos para a adoção são legítimos, por força do artigo 43, do referido diploma. Entre essas peculiaridades não está inclusa a orientação sexual do adotante, já que isto representaria um fator de desigualdade não permitido pela Constituição Federal e, consequintemente, em discriminação.

As particularidades a serem apuradas devem partir, inicialmente, da prescrição dos artigos 19, 29 e 43 da Lei nº 8.069/1990. Em outras palavras, deve-se certificar que o menor não estará sujeito à convivência com pessoas dependentes de substâncias

entorpecentes, que o ambiente familiar é adequado ao seu desenvolvimento, que a adoção trará reais benefícios e que essa colocação do menor em família substituta se baseia em motivos legítimos.

Quanto ao primeiro questionamento a ser feito, não há muita dificuldade, pois é evidente a preocupação do legislador ordinário em dificultar o contato do menor com substâncias entorpecentes, assim como de lhe confiar a pessoas suscetíveis de descuidar da criança ou do adolescente ou de lhe submeter a maus-tratos em consequência do vício.

O segundo questionamento pode ser esmiuçado em conjunto com o terceiro, até mesmo porque estão vinculados um ao outro.

Há quem alegue que as reais vantagens ao adotando e a sua inserção em ambiente familiar adequado estão em desacordo com a sua adoção por pessoas ou casais homossexuais, por considerá-los inaptos ao exercício da parentalidade. Essa assertiva, como já demonstrado a partir das informações de pesquisas realizadas por especialistas em tópico passado, se funda somente em uma visão preconceituosa e parcial dessa questão, não merecendo ser levada em consideração para fins de colocação dos menores em famílias substitutas.

Cumpre, então, assinalar o verdadeiro conteúdo das expressões “ambiente familiar adequado” e “reais vantagens para o adotando”, a fim de se compreender a vontade do legislador. Cuidam esses dois pontos da verificação atinente à conduta do adotante, com o escopo de se perquirir se o ambiente familiar em que poderá vir a ser introduzido é saudável e passível de lhe propiciar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, mediante o acesso àqueles direitos descritos nos artigos 4º e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concedendo-lhe, pois, igualdade, liberdade e uma vida digna.

Para Fernandes,

[...] Em qualquer hipótese tem de prevalecer o melhor interesse da criança ou do adolescente. E o preconceito, a prevenção quanto à orientação sexual do adotante, além de ser injusta, retrógrada e inconstitucional, **não pode prevalecer diante das necessidades, expectativas e proteção do adotado.**

[...]

Se o interessado homossexual não leva vida promíscua, se não assume atitudes de confronto, o que poderia causar rejeições e constrangimentos, [...] a adoção pode ser realizada, nenhum motivo legítimo existe para deixar uma criança fora de um lar (2004, p. 105-106, grifou-se).

A seu turno, Clinton Guimarães dos Santos procurou determinar o sentido do termo “ambiente familiar adequado”, afirmando ser este

[...] o ambiente acolhedor, no qual as pessoas revelam-se emocionalmente entrosadas e sobretudo dispostas a oferecer o melhor abrigo ao adotando, com espírito de inclusão. Ainda mais, se esse espírito depende apenas em parte de estruturas financeiras ou materiais, ou de condições físicas dos adotantes, posto que (sic) a melhor escolha não pode subordinar-se a critérios subjetivos, e muitas vezes autoritários, o que depõe contra o espírito e a letra da lei (2002 *apud* TORRES, 2009, p. 116).

Logo, as vantagens ao adotando estarão resguardadas quando o menor estiver “[...] mais bem amparado se colocado no seio de uma família do que relegado à própria sorte” (PERES, 2006, p. 77), encontrando na família substituta o aconchego e o carinho necessários para o seu desenvolvimento, bem como o espaço compatível para o seu crescimento com dignidade.

Figueirêdo vislumbra no artigo 43 uma regra interpretativa que deve ser utilizada para as hipóteses de adoção, dispondo ser imperioso o deferimento da adoção sempre quando oferecer vantagens ao adotando (2003, p. 90-91). Em conclusão semelhante, Moschetta afirma ser indispensável, em todos os casos, o questionamento acerca do melhor interesse do menor e das vantagens a serem percebidas pela criança ou pelo adolescente na ocasião da adoção vier a ser concretizada. Reitera, também, que a orientação sexual não deve excluir os homossexuais da adoção e que somente na colisão de interesses entre o adotante e o adotando deve essa possibilidade ser afastada (2009, 157).

A Lei nº 8.069/1990 exige, outrossim, a constatação de que os motivos para a adoção sejam legítimos. Entende-se, por motivos legítimos, o pedido apoiado no desejo de se constituir ou ampliar a família a partir da parentalidade, que deverá ser fundada no amor

socioafetivo e na solidariedade, com o intuito de formar um vínculo afetivo com o menor e de promover o seu bem-estar por meio da convivência familiar e comunitária digna.

Maria Berenice Dias, em seu artigo *Filiação homoafetiva* (2004, p. 391-398), ponderou:

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva. Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida pela Constituição Federal de 1988.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Rejeitar a homoparentalidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais. **Crianças e adolescentes têm, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, e negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família: lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade** (HIRONAKA, 2000, p. 21). (Grifou-se)

É possível perceber a relevância da afetividade em todas as feições do novo direito de família, e, no presente caso, nos motivos determinantes da adoção da criança e do adolescente por um adulto. Roberto João Elias também é enfático nesse sentido, elucidando serem os motivos legítimos

[...] aqueles que têm como objetivo o perfeito entrosamento entre adotado e adotante [...], visando o melhor interesse do adotando, levando-se em conta a afinidade e afetividade que possa haver entre as partes, visando o desenvolvimento pleno do adotado (1994 *apud* MALUF, 2010, p. 170).

A avaliação dessas características subjetivas e objetivas deverá ser efetivada tanto na ocasião da habilitação do interessado quanto no transcurso do procedimento de adoção propriamente dito. Todos os candidatos à adoção, desimportando a sua orientação sexual, serão igualmente submetidos a essa apreciação para a elaboração de um estudo psicosocial por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude. O objetivo é investigar se o interessado reúne os requisitos para o acolhimento definitivo do menor como seu filho, consoante redação dos artigos 167 e 197-C, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, exprimindo “[...] a preocupação do legislador com a integral proteção do adotando e o seu equilibrado desenvolvimento [...]” (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 100).

Certamente, oferecendo o homossexual ou o casal homoafetivo esse tipo de abrigo e obtendo as qualificações supracitadas, é inquestionável a sua aptidão para a adoção, devendo ser cadastrado como habilitado e, acaso uma criança ou adolescente esteja na condição de ser adotada, não haverá empecilho para que se dê prosseguimento ao processo até o deferimento do pedido.

Segundo Fabiana Marion Spengler, o grande percalço encontrado a respeito da adoção por homossexuais repousa no § 2º, do artigo 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º **Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.**

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Grifou-se)

A autora destaca que um dos argumentos utilizados pelos opositores à adoção por pares homossexuais reside no parágrafo sublinhado, por estipular a exigência, na hipótese de adoção conjunta, de serem os adotantes casados civilmente ou manterem uma união estável.

O interessante nesse dispositivo é que em seu *caput* há a dispensa do casamento ou da comunhão de vidas (união estável) para se proceder à adoção. Depreende-se, portanto, a possibilidade de adoção por apenas uma pessoa, independente de orientação sexual e do estado civil. Alguns doutrinadores pugnam, com esquece nesse artigo, pela possibilidade de adoção de menores unicamente por homoafetivos solteiros, formando-se uma família homoafetiva monoparental.

Tal raciocínio parece um tanto incauto, pois parte da premissa de que a criança ou o adolescente irá conviver só com o adotante, desconsiderando que, embora inicialmente o interessado seja solteiro, poderá vir a se casar, viver em união estável ou homoafetiva com outra pessoa, que provavelmente assumirá também o papel parental.

Maria Berenice Dias (2009, p. 217) e Paulo Lôbo (2011, p. 285) advertem ser comum os casais homossexuais recorrerem à adoção unilateral, em que apenas um deles se candidata à adoção, por vezes escondendo a relação homoafetiva, com o intuito de conseguir um posicionamento positivo da Justiça e exercer, assim, a parentalidade. Uma vez concedida a adoção, o menor passará a conviver com o casal, sendo criado pelas duas pessoas, mas, acaso aquela que não conste formalmente como pai ou mãe venha a falecer ou a se separar da outra, a criança ou adolescente estará desprotegida, não lhe alcançando os benefícios previdenciários, sucessórios ou alimentícios decorrentes do vínculo filial.

Viviane Girardi também traz a sua contribuição nessa questão, advertindo que

[...] a suposta barreira que impede uma criança de ter, legalmente, dois pais ou duas mães, num (sic) plano secundário, poderá gerar uma série de incertezas quanto ao destino e futuro da criança. Essa constatação não pode ser utilizada para negar, então, a adoção por uma pessoa homossexual, muito pelo contrário, deve servir de reflexão para ao apontar uma fragilidade do sistema – posto que (sic) as crianças que pertencem às famílias formadas por pares homossexuais desenvolvem formas afetivas próprias de lidar com o fato de terem simultaneamente dois pais e duas mães -, ser um indicador da necessidade de se avançar nessa prática jurídica, na medida que esse vínculo fático de natureza paterno-filial que se dá entre uma criança e o companheiro(a) de seu pai ou mãe homossexual merece sim acolhida legal por proteger mais do que qualquer outro interesse a pessoa do filho envolvido nessa modalidade de família (2005, p. 150).

Mais uma vez, o princípio da igualdade deve ser invocado para evitar o tratamento desigual entre as pessoas, pois não há justificativa plausível para afastar a incidência da norma nos mesmos termos aplicados aos heterossexuais e homossexuais solteiros àqueles que vivam em união homoafetiva ou em outra conformação familiar admitida. Essa interpretação configura discriminação às famílias homoafetivas e inflige um tratamento desigual em virtude da orientação sexual de seus integrantes, indo de encontro aos preceitos constitucionais. Tendo a Constituição Federal, segundo esclarecido no primeiro capítulo, fixado um modelo

plural de família, assentado no afeto e na realização de seus membros, não compete ao legislador infraconstitucional instituir uma norma que pretende excluir um modelo de família do direito à parentalidade.

Se os divorciados, os judicialmente separados e o ex-companheiros podem adotar conjuntamente, por que negar esse direito aos homossexuais? Não há nenhuma explicação que justifique essa disparidade. Lagrasta Neto, Tartuce e Simão concluem ser possível a adoção por pares homoafetivos sem sequer se cogitar a alteração legislativa ou a sua equiparação à união homoafetiva, diante da “abertura semântica da nova redação do § 4º do art. 42 da Lei nº 8.069/1990” (2011, p. 224).

Oliveira Filho entende que o *caput* do artigo 42, transscrito em sua integralidade em ocasião anterior, é suficiente para autorizar a adoção por homossexuais, independentemente de seu estado civil (2011, p. 145). Sem dúvida, a redação do artigo 42 franqueia a compreensão de ser realmente importante e suficiente para a adoção a observância ao melhor interesse do menor, do vínculo afetivo alcançado pelas partes e da existência de qualificação do adotante, haja vista a dispensa do estado civil para se proceder à adoção conjunta como esposado no § 4º, desde represente reais benefícios ao menor.

Em outro sentido, mas não oposto ao que foi discorrido até o momento, Silva Júnior acorre ao artigo 165 do mesmo Estatuto para propor que os dois primeiros incisos podem ser aplicados sem receio à união homoafetiva (2007, p. 101). Vejamos:

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:  
I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuênciade este;  
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;  
[...].

A seu sentir, a união homoafetiva possui um liame afetivo-familiar semelhante à união estável, cabendo a utilização dos termos “companheiros”, “parceiros”, “conviventes”, “concubinos” e até mesmo “cônjuges” para qualificar as pessoas dessa relação. Diante disso, e

considerando que a família formada por pessoas do mesmo sexo tenha relacionamento sólido, estável, duradouro e ostensivo, o autor admite a possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Como já exposto, não é preciso se proceder a essa equiparação à união estável para se deferir a adoção de menores por casais homossexuais. Os princípios constitucionais, aliados aos direitos fundamentais, são suficientes para aduzir a possibilidade jurídica dessa adoção, notadamente em face do pluralismo de entidades familiares, que determina que nenhuma conformação familiar será excluída da proteção especial do Estado e dos direitos derivados, estendendo-se a toda a legislação infraconstitucional, inclusive ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, impende salientar o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal, com base em argumentos similares aos apresentados no presente trabalho, em decisão de 05 de maio de 2011, mediante a equiparação às uniões estáveis. O voto do Relator alude de forma superficial à questão da adoção por homossexuais no item 36 (p. 48-49), aplicando o mesmo raciocínio de proibição do preconceito conclamado quando da questão da união homoafetiva. Utiliza para tanto, a expressão “penso aplicar-se”, que denota mais uma opinião própria do que uma decisão propriamente dita sobre o assunto.

Colaboram para esse sentimento as declarações de outros ministros e sua própria manifestação quando do término da sessão, de que não cabia ao Supremo, naquela ocasião, debruçar-se sobre os desdobramentos dessa decisão, e, dessa maneira, sobre a adoção homoafetiva.

Nada obstante, nenhum direito pode ser conferido parcialmente, como se o indivíduo fosse parcialmente digno de exercê-lo. Outorgar aos homossexuais o direito à família, mas não lhe conceder o direito à parentalidade significa relegá-los, novamente, à marginalização. Uma vez reconhecido o direito dos homossexuais de constituir família, há de

se observar também o seu direito à parentalidade, até porque a família é abrangente e pode se estruturar apenas com uma pessoa homossexual e seu filho (família homoafetiva uniparental), ou pelo casal homossexual e seu filho (família homoafetiva biparelal). Destarte, reconhece-se, igualmente, o direito à adoção por homossexuais, independentemente de seu estado civil.

Em suma, a adoção de crianças e adolescentes deve acolitar as transformações ocorridas no direito brasileiro e principalmente as mudanças no que atine ao conceito de família, de parentalidade e de filiação. O pluralismo familiar insculpido na Constituição Federal com fulcro nos princípios e direitos fundamentais, bem como o objetivo de promoção do bem de todos e de formação de uma sociedade pluralista sem preconceitos e discriminações, serve de norte para a interpretação da Lei nº 8.069/1990 como **inclusiva**.

Demais disso, esta norma acentua, desde seu primeiro artigo, o objetivo de propiciar a proteção integral ao menor, valendo-se do princípio do melhor interesse do menor para a sua efetivação. Nesse diapasão, a adoção por homossexuais, individualmente ou em conjunto, contribuirá para se atingir os fins propostos, harmonizando os interesses do menor com os interesses dos candidatos à adoção, a fim de se oferecer reais vantagens para o adotando, dando-lhe uma família que lhe encherá de amor e cuidado, por um lado, e realizando o sonho de muitas pessoas de serem pais e mães, por outro.

Além da interpretação nos termos propostos permitir a adoção homoafetiva, a decisão do Supremo Tribunal Federal se une a esses argumentos para reforçar essa possibilidade jurídica.

### **3.7 Decisões emblemáticas**

A discussão em torno da possibilidade jurídica da adoção por homossexuais é antiga, vêm sendo entravada durante longos anos, sendo possível identificar na jurisprudência

pátria decisões pioneiras que desempenharam um relevante papel sobre a questão, merecendo, assim, destaque no presente trabalho.

A primeira decisão que julgou precedente a adoção de menor por uma pessoa homossexual ocorreu no Rio de Janeiro em 1998. O Juiz Siro Darlan de Oliveira considerou que o candidato à adoção reunia as condições necessárias ao deferimento do pedido, bem como que o adolescente estava feliz com a adoção e que esta lhe traria reais benefícios, de tal sorte a exigir o seu deferimento:

**ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER**

– O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou **reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado**, atestado esse fato, pela emissão de Declaração de Idoneidade para a Adoção com parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em **motivos legítimos**, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, e **apresenta reais vantagens para o Adotando**, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e freqüenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercitar o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. **JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO NA INICAL**. 1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO RIO DE JANEIRO – PROCESSO Nº 97/1/03710-8/ JUIZ SIRO DARLAN DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 1998. (Grifou-se)

Em sede de recurso, interposto pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a decisão de primeira instância nos termos a seguir:

**ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL, O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de impedimento à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (TJRJ, 9ª C. Cível, AC 1998.001.14332, Rel. Des. Jorge Magalhães, j. 23/03/1999).

Contudo, a primeira decisão que deferiu a adoção de menor a um casal de homossexuais ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro em questões

relacionadas ao direito homoafetivo, em 2006. Na ocasião, duas mulheres solicitaram a constituição do vínculo legal de filiação, por meio da adoção, de dois menores. Uma delas já havia conseguido a adoção das crianças/adolescentes, mas queriam estendê-la à outra companheira. Abaixo, a transcrição do acórdão.

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. (TJRS, 7ª C. Cível, AC 70013801592 , Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006).

Em 2006, a decisão da Juíza de Direito Sueli Juarez Alonso, da Vara da Infância e da Juventude de Catanduva, que julgou procedente a adoção de uma menina ao casal Vasco e Júnior, foi notícia no Brasil inteiro, trazendo o debate para o centro das discussões sociais e fazendo a sociedade refletir sobre o tema.

Verifica-se, pois, que a Justiça brasileira vai, aos poucos, concedendo aos casais homossexuais o direito à parentalidade por meio da adoção, aumentando o número de cidadãos com acesso aos direitos preconizados em nossa Constituição Federal e tentando vencer o preconceito e a discriminação que, infelizmente, ainda são realidade no Brasil.

Ainda assim, o papel do Legislativo é de extrema importância para o deslinde da matéria, determinando os seus contornos e afastando, definitivamente, dúvidas que ainda pairam sobre o direito homoafetivo. Até lá, o direito de família dos homossexuais continuará navegando em mares revoltos, aguardando o farol que o guiará para um porto justo e seguro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, sempre considerada a base da sociedade, perpassou por diversificadas e profundas alterações ao longo da história, as quais foram tecendo os moldes da nova família, inclusive no Brasil.

Do modelo patriarcal fundada na união fática ao modelo matrimonializado, assentado na doutrina religiosa, que identificava apenas no casamento religioso a legitimação de constituição familiar, a família perpassou por uma série de limitações, sofrida também pelos seus membros e pelos indivíduos que escolhiam outra forma de relação socioafetiva que não aquela determinada pela Igreja.

Mais tarde, as revoluções liberais, o advento do Estado laico, da doutrina do Direito Natural e a introdução de um pensamento individualista no século XVIII promoveram a libertação da sociedade das amarras do Direito Canônico, imprimindo um novo significado à família, deixando de se plasmar apenas no objetivo procriativo. Na segunda metade do século XX, o surgimento dos princípios e direitos fundamentais voltados à proteção da pessoa humana atribuiu à afetividade e à realização dos seus membros a nova função da família.

Essa transformação do modo de se pensar a família também se projetou no Brasil e acarretou um alargamento de sua definição, admitindo, por fim, o acolhimento de outras estruturas familiares além do casamento.

A extensão do conceito de família no Brasil pode ser verificada a partir da leitura do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, os quais demandam uma interpretação extensiva do referido dispositivo, concluindo-se pela não exaustividade de seu conteúdo. Interpretação diversa significaria admitir-se a existência de tratamentos desarrazoadamente e injustificadamente desiguais e de cidadãos com diferentes graus de dignidade. Nesse mesmo sentido, estaria o Estado brasileiro afirmado que não deve

ser o cidadão o responsável pela determinação da conformação familiar que mais lhe agrada, competindo ao Poder Público, de forma autoritária, definir o molde de família a que cada indivíduo deveria se adequar. Assumiu, então, a Constituição Federal o pluralismo familiar, permitindo o reconhecimento de quaisquer organizações familiares que se alicerçem no propósito de constituir família, no afeto, na estabilidade e da ostensibilidade.

Nesse contexto, a união homoafetiva, como uma opção de família por casais formados por pessoas do mesmo sexo, surge como um modelo familiar que deve ser reconhecido e tutelado pelo Estado, pois em virtude da não-discriminação, além dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a orientação sexual dos seus integrantes não deve ser fator de desigualdade. Por outro lado, a norma do artigo 226 é inclusiva, eis que não se pode, por força do artigo 5º, II, da Constituição Federal, promover proibições não expressamente autorizadas, de modo ser sim a união homoafetiva uma entidade familiar, assim como a família homoafetiva monoparental.

Diante do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, surge o questionamento sobre o alcance desse direito de família e se os homossexuais podem adotar crianças e adolescentes.

Analizando-se o artigo 227 da Constituição Federal e a Lei nº 8.069/1990 é possível delinear as seguintes características da adoção de menores na ordem jurídica brasileira:

a) a adoção do menor deve ser pautada pelo direito à convivência familiar e comunitária do menor, colocando-o em família substituta quando não mais for possível a sua reintegração na família natural;

b) a adoção de crianças e adolescentes deverá priorizar a proteção integral e o melhor interesse do menor, com vistas a proceder a sua colocação em uma família substituta que tenha condições de lhe oferecer um ambiente familiar adequado, mediante o acesso aos

direitos estampados no artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente e ao afeto, propiciado ao menor um desenvolvimento pleno e uma vida digna;

c) o deferimento da adoção dependerá da constatação das reais vantagens ao menor e dos motivos legítimos que levaram ao adotante a se candidatar como interessado.

Significa que as condições elencadas no item a) devem estar presentes e que o adulto interessado deve ser movido pelo anseio de constituição ou ampliação da família baseado no afeto e na solidariedade, buscando o bem-estar da adotando;

d) o candidato deverá comprovar os requisitos legais exigidos e a aptidão para o exercício da parentalidade, mediante laudo técnico apresentado por equipe interprofissional, capacitando-o para a habilitação;

e) a adoção possui um procedimento próprio, com a participação do Ministério Público, e deve ser constituída por uma decisão judicial para ter validade;

f) durante o procedimento, sempre que possível o menor deve ser ouvido e o interessado na adoção deverá ser analisado novamente para fins de averiguação quanto à capacidade do exercício da parentalidade e aos motivos de requerer a adoção;

g) os efeitos da adoção, em regra, iniciam a partir da publicação da decisão e abrangem a formação do vínculo de filiação entre o adotante e o adotando, bem como os direitos ao nome, à sucessão e aos alimentos.

Os princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor e os direitos de convivência familiar e à filiação devem estar em consonância com o direito de parentalidade dos adultos interessados na adoção, independentemente de sua orientação sexual. O direito de parentalidade, alcunhado de homoparentalidade quando se refere aos homoafetivos, reside no exercício da função materna ou paterna, isto é, em ser pai ou mãe e tem um vínculo forte com o direito de filiação dos menores.

Assim, os homossexuais, como sujeitos de direito, detém igualmente o direito à parentalidade, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, de sorte que a sua orientação sexual não deve ser obstáculo ao deferimento da adoção, eis que não há comprovação de que sua identidade sexual trará malefícios ao menor adotado.

Ademais, os artigos do Estatuto da Criança e Adolescente que dispõem sobre a adoção devem ser lidos a partir dos princípios constitucionais e dos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor para alcançarem verdadeiramente seu objetivo. De acordo com essa interpretação, não se pode restringir o direito à adoção pelos homossexuais, independentemente de seu estado civil tendo em vista que:

- a) o pluralismo de entidades familiares admite a estrutura de família formada por homossexuais, admitindo a família homoafetiva monoparental ou biparental;
- b) os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, aliados ao direito à orientação sexual e ao planejamento familiar livre da ingerência do Estado impõem a não exclusão de quaisquer pessoas da adoção de menores, devendo a aptidão parental ser analisada no cerne do processo de adoção por equipe capacitada, independentemente da orientação sexual do candidato;
- c) a sistemática do artigo 227 da Constituição Federal informa a ausência de imposição de orientação heterossexual para o deferimento da adoção;
- d) os artigos 19, 29 e 43 do Estatuto da Criança e do adolescente oferecem normas gerais de interpretação que determinam a leitura dos demais dispositivos de acordo com os princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor, devendo ser deferida a adoção que oferecer reais vantagens à criança ou ao adolescente; e
- e) o pluralismo familiar e o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro, em especial após a decisão do Supremo Tribunal do ADI 4227-DF, que as

equiparou às uniões estáveis, demonstram que o alcance dos artigos 42 e 165 do Estatuto da Criança e do Adolescente está além das conformações familiares ali descritas, não sendo imprescindível o estado civil do adotante.

Diante do exposto, conclui-se em não existir na legislação brasileira qualquer impedimento à adoção de crianças e adolescente por pessoas homossexuais ou por casais homoafetivos, sendo, portanto, imperativo o deferimento do pedido quando o a pessoa homossexual ou o casal homoafetivo atender aos requisitos exigidos por lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BARROSO**, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 2007. Disponível em: <[www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf)> Acesso em julho 2011.

**BELTRAME**, Martha Silva. Caminhos e personagens da adoção. In: **TRINDADE**, Jorge (coord.). Direito da criança e do adolescente: uma abordagem interdisciplinar. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, n. 54, p. 219-242, outubro/2004 a abril/2005.

**BITTENCOURT**, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

**BRASIL**. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

**BRASIL**. Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de outubro de 1979. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=111572&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>> Acesso em: fevereiro de 2011.

**BRASIL**. Lei nº 4.655, de 2 de Junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Diário Oficial da União de 03 de junho de 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4655-2-junho-1965-377680-publicacaooriginal-45829-pl.html>> Acesso em: fevereiro de 2011.

**BRASIL**. Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União de 09 de maio de 1957. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: fevereiro de 2011.

**BRASIL**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069Compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.html)> Acesso em: julho de 2011.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. Equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo a entidade familiar. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792&caixaBusca=N>>

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. Equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo a entidade familiar. Ministra Ellen Gracie. **Ministra Ellen Gracie acompanha voto do relator reconhecendo a união homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178937&caixaBusca=N>>

**BRASIL.** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 1998.001.14332. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Relator Des. Jorge Magalhães. **REV. FORENSE**, vol 349, pag 315.

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

\_\_\_\_\_(coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Família homoafetiva. **Revista In Verbis, Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil** – IMB, nº 27, 2004, p. 12-13. Disponível em: <[www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3262/FILIACAO\\_HOMOAFETIVA](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3262/FILIACAO_HOMOAFETIVA)> Acesso em abril de 2011.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 1-64 e 471-522.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba : Juruá, 2009.

FERNANDES, Taís Ribeiro. **Uniões homoafetivas: efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004.

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

\_\_\_\_\_. Comentários à nova lei nacional da adoção: Lei nº 12.010 de 2009. Curitiba: Juruá, 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2009.

LAGRASTA NETO, caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo, Atlas, 2011, p. 211-224.

- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** p. 153-194.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 25. Disponível em: <[http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_artigo/matos,\\_ana\\_carla\\_harmatiuk.\\_filia% E7%E3o\\_e\\_homossexualidade..pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/matos,_ana_carla_harmatiuk._filia% E7%E3o_e_homossexualidade..pdf)> Acesso em abril de 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 45-70.
- MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos.** Curitiba: Juruá, 2009.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares.** São Paulo: Atlas, 2011.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIBEIRO; Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada: lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Leme: Editora JH Mizuno, 2010.
- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem.** Trad. André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.
- SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida.** Curitiba: Juruá, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 121-160.
- SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TARTUCE, Flávio. A parentalidadxe socioafetiva e suas repercussões processuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 255-274.

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

UZIEL, Anna Paula. Família e homossexualidade: velhas questões, novos problemas [tese de doutorado]. Campinas, [s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000249903&fd=y>>. Acesso em maio de 2011.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. Famílias homoafetivas: vencendo a barreira do preconceito. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.35(abr./maio 2005), p.33-52.

ZAMBRANO, Elizabeth (coord.). **O direito à homoparentalidade: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais**. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/homoparentalidade.php>> Acesso em junho de 2011.