

A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais

Mariana El Afioni Lopes, Roberta Valéria Guedes

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais. A problemática vislumbrada é expressa no seguinte questionamento: É possível que duas pessoas do mesmo sexo possam, do ponto de vista jurídico, constituir uma família, mantendo os direitos que as crianças e adolescentes têm assegurados pela Lei Maior? Quanto à metodologia empregada, trata-se de uma pesquisa básica com abordagem qualitativa, com método científico hipotético-dedutivo, objetivo exploratório, delineamento bibliográfico e documental. Por fim, conclui-se que é possível a adoção por casais homossexuais, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais, uma vez que a legislação brasileira não proíbe esse tipo de adoção, ao contrário, os princípios constitucionais, a jurisprudência e a moderna doutrina do direito de família apoiam e incentivam essa atitude.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Direito de Família. Crianças e Adolescentes. União Homoafetiva. Adoção.

Abstract

This article aims to examine the legal possibility of adoption by homosexual couples. The problem is envisioned expressed in the following question: Is it possible that two people of the same sex can, the legal point of view, raise a family, maintaining the rights that children and adolescents are assured by the highest law? Regarding methodology, it is a basic research with a qualitative approach, with hypothetical-deductive scientific method, exploratory objective, design bibliographic and documentary. Finally, it is concluded that it is possible adoption by homosexual couples, since it fulfilled the legal requirements and procedural, since Brazilian law does not prohibit this type of adoption, by contrast, constitutional principles, jurisprudence and doctrine of modern family law support and encourage this attitude.

Keywords: Constitutional Principles. Family Law. Children and Adolescents. Union homoafetiva. Adoption.

1 Introdução

A adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais deve ser baseada nas modificações sofridas pela sociedade e sua consequente necessidade de novos conceitos, especificamente no tocante ao direito de família.

É possível afirmar que o conceito de família hoje consiste na valorização do vínculo afetivo que une pessoas com propósitos e projetos em comum, com a presença da estabilidade e ostensibilidade, priorizando-se a lealdade, o respeito e a assistência mútua.

Assim, mantêm-se intocáveis os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Nesse contexto, é possível que duas pessoas do mesmo sexo possam constituir uma família, mantendo os direitos que as crianças e adolescentes têm assegurados pela Lei Maior?

Para tanto, foi utilizada a pesquisa básica, uma vez que é original e pretende adquirir novos conhecimentos sobre os fundamentos adjacentes de fatos e fenômenos observáveis (SILVA; MENEZES, 2005).

Em relação ao método científico utilizado, o hipotético-dedutivo que, segundo Popper (s.d.), citado por Gil (1999, p. 30) “quando os conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto são insuficientes para a explicação de um fenômeno, surge o problema. Para tentar explicar a dificuldades expressas no problema, são formuladas conjecturas ou hipóteses. Das hipóteses formuladas, deduzem-se conseqüências que deverão ser testadas ou falseadas. Falsear significa tornar falsas as conseqüências deduzidas das hipóteses. Enquanto no método dedutivo se procura a todo custo confirmar a hipótese, no método hipotético-dedutivo, ao contrário, procuram-se evidências empíricas para derrubá-la” [sic].

Quanto à sua natureza, a pesquisa adotou uma abordagem qualitativa das informações analisadas. Uma pesquisa com essa abordagem caracteriza-se pelo enfoque interpretativo. Desse modo, as técnicas de investigação não constituem o método de investigação (ERICKSON, 1989). “A pesquisa qualitativa observa o fato no meio natural, por isso é também denominada pesquisa ‘naturalística’”. (ANDRÉ, 1995, p. 17)

O objetivo metodológico a que se refere este artigo é de uma pesquisa exploratória. As pesquisas exploratórias, segundo Gil (1999), proporcionam uma visão geral de um determinado fato, do tipo aproximativo. É um tipo de estudo que visa fornecer ao pesquisador um maior conhecimento acerca do assunto, a fim de que esse possa formular problemas mais precisos ou criar hipóteses que possam ser pesquisadas por estudos posteriores (GIL, 1999).

No tocante aos procedimentos, realizou-se, essencialmente, um levantamento bibliográfico e documental. As fontes utilizadas para a pesquisa se concentram na consulta à bibliografia sobre o tema, priorizando o enfoque do Direito Público, fundamentalmente no Direito Constitucional. Junto à pesquisa bibliográfica, foram realizadas consulta à legislação pertinente e análise da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores. Foram ainda utilizados outros recursos documentais, entre eles artigos e periódicos, através de consultas a sítios da internet.

Quando observado o Ordenamento Jurídico brasileiro na esfera do direito civil constitucional, verifica-se a existência de uma aparente lacuna em sua legislação no tocante às relações homoafetivas, no entanto, quando interpretados alguns preceitos constitucionais conclui-se que estão protegidas pela Constituição Federal desde 1988. Este cenário é percebido quando, ao interpretar o princípio da dignidade da pessoa humana infere-se que o Estado e todos os membros da sociedade estão obrigados a reconhecer e respeitar, sem

discriminação e independentemente da orientação sexual do indivíduo, qualquer tipo de relação afetiva.

Princípios como igualdade e liberdade, além de terem sua previsão na Constituição Federal de 1988, foram aplicados por leis e constituições orgânicas estaduais, que impõem a não discriminação em relação à orientação sexual, cabendo ao indivíduo optar por se relacionar com um homem, com uma mulher ou com ninguém.

Com o princípio jurídico da afetividade tornou-se possível o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, desde que demonstrados os requisitos imprescindíveis para sua configuração como a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade.

Com esse novo conceito, em que a base é o afeto, as uniões homoafetivas foram inseridas no direito de família, tornando-se possível o processamento e o julgamento do procedimento cautelar de justificação nas Varas de Família, da separação desses pares, da possibilidade de inserir o parceiro sobrevivente na ordem de vocação hereditária, do direito real de habitação, do usufruto, dos benefícios previdenciários, da concessão de alimentos, do reconhecimento da união estável e da união civil.

Com isso, sustenta-se juridicamente a possibilidade de casais homossexuais adotarem, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais, uma vez que a legislação brasileira não proíbe esse tipo de adoção, ao contrário, os princípios constitucionais exaustivamente citados, a jurisprudência e a moderna doutrina do direito de família apoiam e incentivam essa atitude.

2 A família e suas modificações conceituais ao longo do tempo

Com a Constituição Federal de 1988 ocorreram grandes mudanças sociais, econômicas e políticas que produziram reflexos nas relações jurídico-familiares. Para Dias (2007), os grandes ideais como a igualdade, liberdade, democracia, humanismo, pluralismo e solidarismo, voltaram-se à proteção da pessoa humana.

A ampliação do conceito das relações interpessoais refletiu na conformação da família, que não mais possui um significado singular, levando ao pluralismo das relações familiares, ocasionando em mudanças na própria estrutura da sociedade.

Não há mais que se falar em moldes restritos do casamento, modificando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operam verdadeira transformação na família. Assim, as adjetivações como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura, que antes eram comuns, hoje já não são admitidas no vocabulário jurídico (DIAS, 2007).

2.1 Conceito doutrinário clássico e conceito amplo de entidade familiar

A Constituição Federal, acompanhando as mudanças na vida da sociedade, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, alterou o conceito de família e acrescentou proteção à união estável, prevista em seu artigo 226, §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” (BRASIL, 1988, p. 61).

De mesma sorte, acrescentou proteção à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes, nomeando-a de família monoparental, prevista no art. 226, §4º, “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988, p. 61).

Os tipos de entidades familiares, expressos na Constituição Federal, são meramente exemplificativos, permitindo, ainda, a interpretação extensiva, incluindo as demais entidades familiares implícitas (LÔBO, 2008).

Nesse sentido, é evidente que há omissão por parte do legislador quanto aos modelos de uniões familiares surgidos por meio das mudanças sofridas pela sociedade, por força da realidade, de sustentações doutrinárias, e, principalmente, de princípios constitucionais, nota-se uma nova ótica sobre o conceito de entidade familiar. Apesar dessa omissão, não deixam de ter essas novas formas familiares correspondentes legais e jurisprudenciais que acompanham a realidade social.

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal reconheceu com a ADPF nº 132 e a ADI nº 4277, pela unanimidade de 10 ministros votantes, que a união homoafetiva pode sim ser considerada entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às uniões estáveis heterossexuais. Assim, desde que preenchidos determinados requisitos legais, casais de pessoas do mesmo sexo formam uniões estáveis aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de deveres:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição

de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não

se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. STF, ADPF Nº 132, ADI Nº 4277 (www.stf.jus.br).

Para Dias (s.d.), com o julgamento das duas ações de inconstitucionalidade supracitadas, surge o questionamento da possibilidade ou não do casamento civil entre casais homoafetivos, uma vez que o STF foi claro em não fazer qualquer distinção entre as uniões hetero ou homoafetivas.

Assim, uma vez que a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável ao casamento, e o STF entenda que não há diferença entre uniões homoafetivas ou heterossexuais, muitos Juízes têm decidido favoravelmente à conversão, como no caso do julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n.

4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se

fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da niversalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. STJ, REsp. Nº 1183378/RS, RECURSO ESPECIAL Nº 2010/0036663-8 (www.stj.jus.br).

Como destacou Dias (s.d.), a decisão vinculante da Suprema Corte não só tem possibilitado a conversão da união estável homoafetiva em casamento, como também autoriza que este ato seja realizado automaticamente junto ao Registro Civil a depender unicamente da vontade das partes.

Evoluindo nesse sentido, se a autorização do casamento civil é uma consequência natural à união estável. O mesmo ocorre com a possibilidade de adoção por esses casais, assim têm entendido alguns Juízos em recentes julgados:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como

a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. STJ, REsp. Nº 889852/RS, RECURSO ESPECIAL 2006/0209137-4 (www.stj.jus.br).

A adoção, por não resultar da relação biológica e sim de uma sentença judicial é conhecida como filiação civil. Ou seja, a adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um desconhecido como filho. A filiação natural está ligada ao vínculo de sangue, já a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, sustentada por uma relação afetiva (RIZZARDO, 2004; VENOZA, 2003).

Para Rizzardo (2004), a finalidade da adoção, na maior parte dos casos, é a de conseguir um lar a crianças abandonadas em decorrência de circunstâncias diversas, como a morte dos pais biológicos, a pobreza, o desinteresse dos pais sanguíneos, entre outros. O objetivo da adoção é possibilitar às crianças e adolescentes privados de uma família, um ambiente de convivência comunitária, sob a supervisão de pessoas capazes de atender as necessidades materiais, afetivas e sociais, essenciais ao desenvolvimento do indivíduo.

O artigo 227 da Constituição Federal estabelece que tanto a família, quanto a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito, à liberdade, ao lazer, à profissionalização e à cultura:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança é ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, p. 61).

Assim, resta demonstrado que a adoção é tanto um direito constitucional garantido às crianças e adolescentes de terem um lar, quanto dos homossexuais de constituírem uma família.

O debate sobre a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais necessita de uma apreciação de dois princípios, o da igualdade e o do melhor interesse da criança. A igualdade, como aqui demonstrado, é o princípio constitucional que condena a discriminação por orientação sexual e o princípio do melhor interesse da criança estabelece que prevaleça sempre o bem estar do menor, buscando-se as melhores condições em favor do menor na adoção (RIOS, 2001).

Para Rios (2001), ao expor sua opinião em relação à adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, o intérprete deve justificá-la, tendo por base o desenvolvimento científico, avaliando se suas conclusões acolhem à ideia de que a homossexualidade seria um dado negativo.

Neste sentido, o princípio da igualdade institui que tanto os homossexuais quanto os heterossexuais tenham ponderadas suas condições para garantir o melhor interesse para a criança. Não se pode, portanto, considerar somente, nem isoladamente a orientação sexual do adotante. Resta comprovado que a proibição de adoção edificada unicamente na homossexualidade demonstra ausência de fundamentação racional, logo, incorre na discriminação afrontando diretamente o princípio constitucional da igualdade (RIOS, 2001).

Tendo em vista este princípio, que determina tratamento igual diante de situação semelhante, é proibida a discriminação por orientação sexual em se tratando de adoção por homossexuais, pois as diferenças encontradas entre os homossexuais e os heterossexuais não são suficientes para justificar a diversidade de tratamento (RIOS, 2001).

Diante de tudo o que se foi discutido ao longo deste trabalho, não resta dúvidas de que a sociedade se modifica e, com essas alterações, surge a necessidade de que a norma acompanhe esse processo para que as novas situações sejam por ela alcançadas.

3 Considerações finais

A Constituição Federal, acompanhando as mudanças na vida da sociedade, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, a Carta Magna alterou o conceito de família e acrescentou proteção à união estável, prevista em seu artigo 226, §3º, e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes, prevista no §4º do mesmo artigo, que começou a ser chamada de família monoparental. No entanto, os tipos de entidades familiares, expressos na Constituição Federal, são meramente exemplificativos, permitindo, ainda, a interpretação extensiva, incluindo as demais entidades familiares implícitas.

4 Referências

ANDRÉ, M. E. D. A. **Etnografia da prática escolar**. Campinas: Papirus, 1995, p. 17.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 61 (Série Legislação Brasileira).

_____. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. ADPF Nº 132, ADI Nº 4277. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. STJ, REsp. Nº 1183378/RS, RECURSO ESPECIAL Nº 2010/0036663-8. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. STJ, REsp. Nº 889852/RS, RECURSO ESPECIAL 2006/0209137-4. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, pp. 38, 39.

DIAS, Maria Berenice. **A democratização do casamento**. S.d. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/a_democratiza%20do_casamento.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento sem escalas**. s.d. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/casamento_sem_escalas.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012.

ERICKSON, F. **Métodos cualitativos de investigación de la enseñanza, II**. Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós, 1989, pp. 195-229.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva. 1. ed. 2008, p. 6.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica** (s.d.). In: GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. pp. 130, 133, 140, 143.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 315.

SILVA, E. L. da; MENEZES, E. M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. Florianópolis: UFSC, 2005. 138 p. Disponível em:
<<http://www.portaldeconhecimentos.org.br/index.php/por/content/view/full/10232>>.
Acesso em: 20 de novembro 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 531.