

**CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA DO IPA  
CURSO DE DIREITO**

**TIESI NUNES FLORES**

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS**

**PORTO ALEGRE**

**2012**

**TIESI NUNES FLORES**

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Metodista, do IPA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Virginia Feix

**PORTO ALEGRE**

**2012**

**TIESI NUNES FLORES**

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito no Centro Universitário Metodista do, IPA.

Porto Alegre, 06 de Novembro de 2012.

*Apresentada à banca examinadora integrada pelos professores (as)*

---

Prof. Me. Virginia Feix  
Centro Universitário Metodista, do IPA

---

*A minha mãe, Tânia de Araujo Nunes e meu Pai Cleber Isnar Muruci Jaques, aos meus avôs Dalva Shirlei e Arno (in memoriam), com todo meu amor.*

## AGRADECIMENTOS

Hoje, vivo uma realidade que parece um sonho, mas foi preciso muito esforço, determinação, paciência, perseverança, ousadia e humildade para chegar até aqui e nada disso eu conseguiria sozinha. Minha eterna gratidão a todos aqueles que colaboraram para que este sonho pudesse ser concretizado.

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças para continuar nesta luta e ter conseguido dar continuidade em minha jornada.

A minha mãe, Tânia de Araujo Nunes, que, nos piores e melhores momentos, sempre esteve ao meu lado, apoiando-me e incentivando-me para que eu nunca desistisse deste sonho, e por me guiar com todo seu amor, a esta sou grata e devo não só a conquista deste sonho mais minha vida. Luto hoje e por nos, por que ela sempre lutou e continua lutando por nos. E a pessoa de maior importância em minha vida é minha inspiração, pois se conseguir fazer a metade que ela fez e faz por mim, me sentirei uma grande vencedora, um exemplo de mulher. Agradeço também a meu padrasto Cleber Insnar Jaques que ao longo de minha vida se tornou um grande pai e um ótimo amigo, me apoiando e me dando muita força para que eu fosse até o fim de meus objetivos.

Aos meus avôs Dalva Shirlei e Arno (*in memoriam*) que sempre me amaram e me apoiaram com muita sabedoria em minha vida, e nunca me deixaram desistir, e sempre me defenderam e cuidaram de mim, nunca me permitiram baixar minha cabeça para as derrotas e ir em frente. Sei que onde estão continuam a torcer e iluminar meus caminhos com muito amor.

Aos meus colegas de classe, em especial, Iana, Leonardo, Analu, a quem aprendi a amar e construir laços. Obrigada por todos os momentos em que fomos estudiosos, brincalhões, atletas, músicos e cúmplices. Porque em vocês encontrei verdadeiros irmãos. Obrigada pela paciência, pelo sorriso, pelo abraço, pela mão que sempre se estendia quando eu precisava. Esta caminhada não seria a mesma sem vocês.

Aos meus amigos de infância Aline, Débora, Bernardo, Rogério, Priscila, por todo apoio e cumplicidade que me deram e ainda me dão, e por todo o amor. E aos anjos que Deus colocou em minha vida como minha Dinda emprestada, que me fez que este sonho continuasse vivo, Priscila Rodrigues e outra pessoa que me estendeu a mão quando mais precisei Thais. Obrigada

Por fim, agradecer a minha orientadora Virginia Feix pelo incentivo, pela força e, principalmente, pela confiança que depositou em mim para que este trabalho fosse realizado. Agradeço todo seu esforço, paciência e dedicação para que este trabalho tenha sido realizado, uma pessoa digna de respeito e admiração. E a todos os professores que tive o privilegio de conhecer e aprender nesta caminhada.

*Você nunca sabe que resultados virão da sua ação. Mas se você não fizer nada, não existirão resultados.*

**Mahatma Gandhi**

## RESUMO

A presente monografia versa sobre a adoção por casais homoafetivos. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, junto a doutrinas, leis e jurisprudências, o estudo foi desenvolvido com o objetivo de refletir sobre a proteção àqueles que possuem condições de formar uma família, independente da sua orientação sexual. Para isso, aborda-se a história da homoafetividade, para que se possa entender a origem dessa forma de se relacionar, os direitos fundamentais e a evolução da tutela da família dos casais homoafetivos e a evolução e a viabilidade da adoção. Diante das considerações finais da pesquisa, destaca-se que o reconhecimento da relação homoafetiva abriu as portas para o novo conceito de família, não fazendo sentido, assim, existir razão para uma suposta exclusão destes casais, principalmente, nos processos de adoção. Ainda, que é o momento de abandonar de vez os preconceitos e adotar posturas firmes, que mostrem o que de fato é importante: maior interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que o nosso sistema jurídico precisa regular a adoção por casais homoafetivos, já que a jurisprudência tem apontado favoravelmente neste sentido. Isso facilitaria tanto ao processo de adoção dos pares homoafetivos, quanto à maior possibilidade de as crianças e adolescentes em se tornarem membros de um grupo familiar, cercado pelo amor e o afeto, que tanto o ser humano necessita para desenvolver-se equilibradamente.

**Palavra-Chave:** Casais Homoafetivos. Crianças e Adolescentes. Adoção. Família. Princípios Constitucionais.

## ABSTRACT

This monograph focuses on the adoption by homosexual couples. Through a literature search, with the doctrines, laws and jurisprudence, the study was developed with the aim of reflecting on protecting those with conditions to form a family, regardless of their sexual orientation. For this, discusses the history of homoafetividade, so that we can understand the origin of this way of relating, fundamental rights and the evolution of protection of the family and the evolution of homosexual couples and the feasibility of adoption. Facing the final considerations of the research, it is emphasized that the recognition of the relationship homoafetiva opened the doors to the new concept of family, not making sense, so there is reason for an alleged exclusion of these couples, especially in cases of adoption. Still, it is time to abandon once and prejudices postures firm, showing what is truly important: the child's best interest and the principle of human dignity. We conclude that our legal system needs regular adoption by homosexual couples, since case law has pointed favorably to that effect. This would facilitate both the adoption process of homosexual couples, as the increased possibility of children and adolescents in becoming members of a family group, surrounded by love and affection, so that the human being needs to develop evenly.

**Keywords:** Homosexual couples. Children and Adolescents. Adoption. Family. Constitutional Principles.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA</b> .....	<b>13</b>
2.1 ORIGENS E HISTÓRICO DA FAMÍLIA.....	13
2.2 A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA .....	17
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DA TUTELA DA FAMÍLIA DE CASAIS HOMOAFETIVOS.....	22
<b>2.3.1 Conceito de princípios</b> .....	<b>25</b>
<b>2.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3.3 Princípio da Igualdade</b> .....	<b>29</b>
<b>2.3.4 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares</b> .....	<b>31</b>
<b>3 A ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS</b> .....	<b>33</b>
3.1 HISTÓRICO DA ADOÇÃO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL.....	33
<b>3.1.1 Histórico da Adoção: Antiguidade, Idade Média e Idade Moderna</b> .....	<b>34</b>
<b>3.1.2 Na Antiguidade</b> .....	<b>34</b>
<b>3.1.3 Idade Média</b> .....	<b>36</b>
<b>3.1.4 Idade Moderna</b> .....	<b>38</b>
3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ADOÇÃO NO BRASIL .....	40
<b>3.2.1 O Código de 1916</b> .....	<b>40</b>
<b>3.2.2 A Lei 3.133/1957</b> .....	<b>41</b>
<b>3.2.3 A Lei 4.655</b> .....	<b>43</b>
<b>3.2.4 O Código De Menores - Lei 6.697/79</b> .....	<b>44</b>
<b>3.2.5 Constituição de 1988</b> .....	<b>44</b>
<b>3.2.6 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)</b> .....	<b>45</b>
<b>3.2.7 O Código Civil</b> .....	<b>49</b>
3.3 REQUISITOS E EXIGÊNCIAS PARA A ADOÇÃO.....	51
<b>3.3.1 Quanto ao adotante</b> .....	<b>51</b>
<b>3.3.2 Quanto ao adotando</b> .....	<b>53</b>
<b>3.3.3 A Viabilidade Psicológica da Educação Pelo Par Homossexual</b> .....	<b>55</b>
<b>3.3.4 A Viabilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais no Estado Democrático de Direito</b> .....	<b>59</b>
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>67</b>

**REFERÊNCIAS.....68**

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre o a adoção por casais homoafetivos, no âmbito jurídico brasileiro, não é mais uma novidade, principalmente, em função dos novos conceitos de família.

Atualmente, a adoção por homoafetivos tem tido grande relevância por se tratar de um assunto de extensa peculiaridade, de uma delicadeza ímpar e de uma expressiva importância para a sociedade contemporânea, enquanto priorização dos direitos das crianças e adolescentes.

Mesmo com as diversas “evoluções” na concepção jurídica de família, ainda pairam alguns aspectos vistos como dificuldades para que os casais homoafetivos façam uso do seu direito assegurado como instituição familiar. Por um lado, busca-se preservar os direitos das crianças e adolescentes em conviver com uma família que possa lhe dar as condições necessárias ao convívio harmonioso. Por outro, os casais homoafetivos travam longas ações judiciais, para provar e comprovar que são dignos de aumentar sua família pela adoção de um menor.

Apesar de a legislação procurar banir o preconceito frente às adoções por homoafetivos, o maior entrave que esses casais têm enfrentado ainda tem sido o preconceito moral predominante, que tende a obstaculizar a adoção, ferindo, assim, vários direitos humanos, principalmente, o da igualdade, por ausência de legislação específica.

Diante do princípio da igualdade, os casais homoafetivos teriam, teoricamente, o mesmo direito de um casal tradicional. O objetivo da adoção é dar um lar ao adotado, bem como satisfazer o desejo do casal em ter um filho que, muitas vezes, não é possível por meio de métodos biológicos. Afinal, entidade familiar é formada com base no afeto, no amor e no carinho que as pessoas pretendem dar ao menor adotado, indiferente se a família for constituída de homo ou hétero.

Neste contexto, o presente estudo tem por objetivo caracterizar a adoção por casais homoafetivos e descrevê-las em sua importância, enquanto facilitadora para o restabelecimento das relações familiares, refletindo-se sobre os direitos dos homoafetivos e, ao mesmo tempo, das crianças e adolescentes.

Para atingir tais objetivos o trabalho foi estruturado em dois capítulos. No primeiro há um breve histórico da evolução dos modelos de família, suas origens,

um novo conceito, que trata da união dos casais homoafetivos. Este capítulo busca ressaltar os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, foca-se a adoção e sua evolução legislativa; bem como sua efetivação por casais homoafetivos, vislumbrado sua viabilidade jurídica e a garantia dos direitos das pessoas homossexuais e das crianças e adolescentes, frente aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, neste trabalho convidamos aos leitores a uma importante reflexão quanto à necessidade de se garantir o Direito de adoção dos casais homoafetivos, frente a uma sociedade contemporânea constituída pela família com base no amor. Neste sentido, é de grande valia perguntar: o que vale a pena é o preconceito ou afeto?

## 2 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA

Neste capítulo, apresentam-se aspectos relacionados à origem e histórico da família; à união entre pessoas do mesmo sexo; e algumas considerações relativas aos Direitos Humanos e evolução da tutela da família de casais homoafetivos, com base na Constituição federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 2.1 ORIGENS E HISTÓRICO DA FAMÍLIA

A família, hoje, pode ser vislumbrada como um centro na qual as pessoas se unem em função de vínculos afetivos. Nela, pais, mães, filhos e filhas, podem estar entrelaçados por sentimentos de amor, compreensão e ajuda mútua, além dela servir de referência para a formação da personalidade dos filhos. É no ambiente familiar que seus componentes buscam apoio e sentido para sua existência, frente os desafios da vida. Afinal, acredita-se que, indiferentemente, se a família for composta por pares homoafetivos ou heteroafetivos, a essência da boa convivência se dá em função do amor dado e recebido entre as pessoas e não pela distinção de sexos entre elas.

Contudo, pensando historicamente, sabe-se que não foi sempre assim. Neste sentido, a família vem ganhando novas formas e concepção e, porque não dizer, está desenvolvendo-se de acordo com o amadurecimento das relações sociais, como um todo. Mas, este “amadurecimento” passou por algumas fases nas quais predominava a família matriarcal, primeiramente, e patriarcal, depois.

Na família matriarcal, as mulheres detinham o comando, e praticamente todas as decisões partiam delas, sendo elas responsáveis por tudo o que acontecia na tribo. Ainda, nesta constituição, o homem, marido, era considerado somente um lavrador, responsável por plantar e colher os alimentos necessários à família, além de ser responsável por dar início ao processo de criação (fecundação). Porém, próximo a 2000 antes de Cristo, inicia-se a queda do modelo matriarcal, sendo que esta transição, marcada, principalmente, por conflitos, pelo aumento de território e o

pelo crescimento da população, levou aproximadamente 1000 anos até o domínio completo do sistema patriarcal<sup>1</sup>.

Alguns doutrinadores usam o termo “primitivo natural” para se referir à família matriarcal, com um padrão de vida rudimentar, inclusive, pela relação desse modelo de família com a promiscuidade. Isso porque as pessoas do grupo familiar não mantinham relações individuais, sendo que as relações sexuais eram entre vários integrantes, sabendo-se sempre quem era a mãe, mas, dificilmente, quem era o pai<sup>2</sup>. Além disso, Peres<sup>3</sup> afirma que a família matriarcal era basicamente uma comunidade rural, a qual se constituía dos pais, prole, parentes e agregados, podendo, assim, ser considerada uma unidade de produção.

Já na família patriarcal, o pai passa a ser o núcleo da organização familiar<sup>4</sup>. Silvio Venosa ressalta que a origem da família patriarcal se deu com o domínio da produção dos meios de existência pelo ser humano, numa visão materialista: “A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas”<sup>5</sup>.

Nota-se, nos argumentos de Venosa, que a origem deste modelo de família se deu com base na concepção materialista (produção), mas, sendo o núcleo familiar a organização mais importante do meio de produção e, apesar de a mulher possuir essencial relevância neste meio, a família se fundava no poder do pai: “[...] o qual era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, possuindo um poder quase absoluto sobre a mulher, os filhos e os escravos, onde o afeto estava longe de ser o elo que ligava as famílias”<sup>6</sup>.

Com novos acontecimentos na história da humanidade, assim como a mulher começou a exercer mais alguns papéis, a economia passou do centro agrário para o centro industrial.

Com o advento da Revolução Industrial, nasceu a necessidade mulher ajudar, ainda, no mercado de trabalho. Houve mudanças expressivas dos papéis do homem

---

<sup>1</sup>PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2006.

<sup>2</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>3</sup>PERES, 2006. op.cit.

<sup>4</sup>Ibidem.

<sup>5</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

<sup>6</sup>Ibidem.

e da mulher (marido e esposa) na estrutura familiar, e os laços entre o Estado e a Igreja foram perdendo força e, assim, os padrões de moralidade, também<sup>7</sup>.

Além disso, como destaca Madaleno, a Revolução Industrial foi considerada o principal motivo das famílias saírem do campo e irem para as grandes cidades. Inclusive, como continua autor: “[...] neste pequeno grupo familiar, formado por pais e filhos, a figura da mulher era responsável pelos afazeres domésticos, enquanto que ao marido, era estabelecida a responsabilidade econômica pela manutenção do lar”<sup>8</sup>.

Em função dessa nova organização da produção (da agrária para a industrial), Caio Mário explica que a família relegou a segundo plano o seu papel econômico, deixando de ser uma unidade de produção e transferindo sua importância para o campo moral, afetivo, espiritual e de ajuda mútua. Nas palavras do mestre Caio:

Substituiu-se, a organização autocrática uma orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do agnatio pela vinculação biológica de consanguinidade (cognatio). [...] Os pais exercem o poder familiar, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres<sup>9</sup>.

Segundo Dias<sup>10</sup>, a mulher começou a realizar atividades fora do lar, onde, rotineiramente estava acostumada a permanecer. E, as atividades econômicas externas à casa, em função do aumento da produção e do consumo, vêm trazendo maior prestígio social a ela. Isso sem conta que, em muitas situações, a mulher realiza suas atividades profissionais em uma empresa, mas, ao mesmo tempo, encontra tempo para seus afazeres domésticos da residência, dos filhos, do esposo, da mãe, do cachorro, etc. Por outro lado, mesmo que timidamente, o homem também tem auxiliado na realização das atividades domésticas da família, uma vez que quando os dois (casal) trabalham fora de casa, teoricamente, as responsabilidades da casa deveriam ser do casal, seja homo ou heteroafetivo.

---

<sup>7</sup>PERES, 2006, op.cit.

<sup>8</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13.

<sup>9</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30.

<sup>10</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Na sequência, ainda conforme salienta Dias, outros fatores relevantes que mexeram na constituição da família foram as duas grandes Guerras Mundiais. Com elas, as mulheres tiveram que assumir mais ainda funções que antes eram dos homens. E, gradativamente, o domínio extremo do homem sobre a família foi se atenuando e a condição jurídica da mulher passou por um processo de grandes transformações, dando significados ímpares à família<sup>11</sup>.

Desse modo, a família, atualmente, pode ser vista como a base do ser humano, anteriormente a qualquer outro aspecto que possa interferir em seu desenvolvimento, seja em termos sociais ou de formação comportamental. Sobre isso, Dias aponta que a família, “é o primeiro agente socializador do ser humano. De há muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade”. Ainda, “É cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão recebe especial atenção do Estado”<sup>12</sup>. Como dispõe a própria Constituição Federal de 1988:

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

§ 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.

§ 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<sup>13</sup>.

Pelos apontamentos dos doutrinadores e da lei maior, observa-se que assim como a sociedade evolui em suas relações e inter-relações sociais, assim a legislação vai adaptando-se aos novos modelos sociais. Mesmo com um intuito básico de regular as relações sociais entre as diversas partes, a lei procura, essencialmente, primar o convívio, se não harmônico, mas adequado à sociedade,

---

<sup>11</sup>DIAS, 2010, op.cit.

<sup>12</sup>Idem, p. 29.

<sup>13</sup>CAHALI, Yussef Said (org.). **Constituição Federal**. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.138.

para que todos possam viver equilibradamente com as diferenças existentes entre as pessoas, em cada momento da história<sup>14</sup>.

Neste cenário, viu-se que o comando familiar passou, inicialmente, pela mulher, e, em função de diversos aspectos históricos, foi centrando-se no homem. Mesmo havendo divergências, acredita-se que, atualmente, existe uma relação equilibrada entre o homem e a mulher, no comando da família, visto que a essência não deveria estar ligada muito à questão de comando, mas à felicidade das pessoas no ambiente familiar, seja ela composto por pessoas do mesmo sexo ou não.

Aliás, uma nova concepção da família, surgida no século XX, concebida não com base no interesse patrimonial, mas na relação social e afetiva entre pessoas, possibilitou o progressivo reconhecimento e tutela das famílias homoafetivas. Como afirma Maria Berenice Dias: “[...] o amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites; [...]”<sup>15</sup>. Completa e ilustre mencionando que “[...] Agora a Justiça do Rio Grande do Sul, ao assegurar o direito do parceiro à meação, retirou a venda dos olhos e viu as relações homossexuais como vínculos afetivos e serem inseridos no âmbito do Direito de Família”<sup>16</sup>.

Na próxima etapa se apresentam algumas considerações sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, enquanto um novo conceito de família.

## 2.2 A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

Como já se disse, o conceito de família esteve relacionado ao casamento e à capacidade de ter filhos, o que, hoje, não mais reflete a realidade. Além disso, a família vem passando por diversas transformações, seja na base de comando ou quanto aos sexos de seus componentes.

Neste sentido, os filhos ou a capacidade de tê-los não são mais condições básicas para a noção de família, isso porque a ausência de prole, por um casal, não desconstitui o casamento e nem a ideia de família. As relações entre pessoas do mesmo sexo estão inseridas no âmbito jurídico familiar, principalmente, em função

---

<sup>14</sup>DIAS, 2010, op.cit.

<sup>15</sup>Idem, p.39.

<sup>16</sup>DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.43.

do princípio da dignidade da pessoa humana, não existindo razão para a sua exclusão. Desse modo, como comenta Rios, as uniões homossexuais são relações familiares semelhantes ao casamento, diferenciando-se, só no que diz respeito à possibilidade de gerar filhos<sup>17</sup>.

A família atravessou várias funções na história e hoje tem focado muito na questão da afetividade entre as pessoas. Ao longo da história, a família passou pelas funções de acordo com momento histórico: como a religiosa, a política, a econômica e a procracional, sendo que a estrutura patriarcal validava o exercício do poder masculino sobre a mulher e sobre os filhos. Nas citações de Lôbo: “[...] as funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família natural, mantendo só interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses de vida”<sup>18</sup>.

A solidariedade que existe hoje entre os membros da família não era compreendida antigamente, já que as famílias, naquele período, eram concebidas em função da quantidade pessoas que formavam a entidade familiar. Mas, como salienta Lôbo,

A função econômica perdeu o sentido, pois a família — para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos — não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social<sup>19</sup>.

Outros aspectos importantes que ajudou a família a perder a função econômica foram a “progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidade familiares”<sup>20</sup>.

Do mesmo modo, a família perdeu o papel de produção, pois ela se caracteriza pelo consumo conjunto e não mais por ganhar dinheiro. Assim, como não era mais necessária a função de procriar, houve uma redução do número de filhos e, conseqüentemente, na queda da população. Como argumenta Lôbo: “[...] a função procracional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, com livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou por infertilidade [...]”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>18</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

<sup>19</sup>Ibidem.

<sup>20</sup>Ibidem, p. 19.

<sup>21</sup>Idem, Ibidem. 19.

Ainda assim, como acrescenta Dias, procurando estabelecer a ordem social às relações dos indivíduos, o Estado assumiu uma postura conservadora e definiu um padrão “adequado” de moralidade nas relações sociais. Ou seja, o Estado era o responsável por oficializar as uniões entre os indivíduos e a família só era reconhecida se a mesma fosse oficializada pelo casamento. Mas, o casamento, consistia, segundo a autora, em uma entidade patriarcal, patrimonializada, heterossexual e hierarquizada, na qual a esposa e os filhos precisariam aceitar as decisões do pai<sup>22</sup>.

Porém, a constituição de família veio alterando-se à medida que a própria sociedade se ajustava às novas concepções de formação de família. Inclusive, com a Constituição Federal de 1988, a divisão dos direitos e deveres do homem e da mulher, igualmente (art. 226, §5º da CF/88), a possibilidade do divórcio (Lei nº 6.515/77 e art. 226, §6º, CF/88), bem como a afetividade tomando espaço dentro da família, se inicia uma nova realidade frente à concepção de família. Além disso, o Código Civil de 2002, também, pode ser mencionado como um ícone legislativo de grande expressão neste novo conceito de família<sup>23</sup>.

Mesmo sendo o casamento a oficialização da união entre homem e mulher, Neumann salienta que era bastante comum a existência de relações de união nomeadas por concubinato, na qual não existia formalização do matrimônio, mas os indivíduos se relacionam entre si como se fossem marido e mulher: “[...] concubinato é a união estável entre o homem e mulher, com o fim de desenvolver uma comunhão de vida, criar e educar a prole, legalizando suas relações sexuais, sem contudo, estarem ligados pelo vínculo do casamento”<sup>24</sup>.

Com o passar do tempo, foram regulamentados outros tipos de relações entre homem e mulher (extramatrimoniais), chamadas, atualmente, de uniões estáveis<sup>25</sup>. Isso porque, como comenta Gama:

[...] não se pode conceber um só modelo de família, diante da multiplicidade de culturas sociais, regimes políticos, sistemas econômicos e, mesmo, religiões. Não há campo, pois, para a família universalmente considerada com modelo único, hermético, estanque e intocável<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup>DIAS, 2010, op.cit. p.45.

<sup>23</sup>CAHALI, 2007, op.cit.

<sup>24</sup>NEUMANN, Juares Rosales. **Do Casamento ao Concubinato: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Prática**. 2.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 122.

<sup>25</sup>DIAS, 2010. op.cit, p. 34.

<sup>26</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 29.

Neste contexto, o conceito de família, na atualidade, está relacionado aos aspectos sócio-psico-afetivo, como sugere Cristiano Chaves de Farias: a família “[...] assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um”<sup>27</sup>.

Ou, como defende Maria Berenice Dias,

O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em encontrar, na estrutura formalista o sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar<sup>28</sup>.

Como desfecho do processo histórico de formação de um novo conceito de família, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em novembro de 2011, “por unanimidade, pelo placar 10 votos a 0, a união estável para casais do mesmo sexo”. Inclusive, reconheceu que “parceiros em relação afetiva homoafetiva duradoura e pública terão os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres”<sup>29</sup>.

Para o relator das ações, ministro Ayres Britto, “a família é a base da sociedade, não o casamento”. Disse, ainda, que “não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista ou contra seu princípio”. Em função disso, “é inconstitucional o artigo do Código Civil que trata a união estável usando os termos homem e mulher”, já que o texto de tal legislação não tem a mesma complexidade que CF<sup>30</sup>.

Já o ministro Luiz Fux apontou o artigo da Constituição dizendo que “todos os homens são iguais perante a lei”, e não pode haver diferença legal na união estável entre casais hetero ou homoafetivos. Nas suas palavras: “[...] a homossexualidade não é crime. Então porque o homossexual não pode constituir uma família? Em

---

<sup>27</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 23 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 9.

<sup>28</sup>DIAS, 2010, op.cit. p. 29.

<sup>29</sup>MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

<sup>30</sup>Idem.

regra não pode por força de duas questões abominadas pela Constituição: a intolerância e preconceito”<sup>31</sup>.

No voto da ministra Cármen Lúcia, destaca-se a afirmação de que todas as formas de preconceito merecem repúdio na sociedade democrática. Nas palavras da ministra:

[...] se a República põe que o bem de todos tem que ser promovido sem preconceito e sem forma de discriminação, como se pode ter norma legal que conduza ao preconceito e violência? [...] aqueles que optam pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua vida e seus direitos<sup>32</sup>.

Interessante as colocações no voto do ministro Ricardo Lewandowski, afirmando que há uma nova espécie de entidade familiar que precisa ser reconhecida:

As uniões de pessoas do mesmo sexo que duram e ostentam a marca da publicidade, devem ser reconhecidas pelo direito [...] Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações que ocorrem no plano fático da clandestinidade jurídica, reconhecendo a existência do plano legal enquadrando-o no conceito abrangente de entidade familiar<sup>33</sup>.

No voto do ministro Joaquim Barbosa: “[...] estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão”. Já nos comentários de Gilmar Mendes: “A falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação [...] é dever do Estado a proteção, e é dever da Corte dar essa proteção [...]”<sup>34</sup>.

Para a ministra Ellen Gracie: “[...] uma sociedade descente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”, disse a ministra. E, ao ministro Marco Aurélio Mello: “[...] a Constituição de 1988 permite a união e não a discriminação. Essa é a leitura que faço da Carta e dos valores por ela consagrados”. Por fim, César Peluso (Presidente da Corte), comentou que a união “de pessoas de sexo diverso guarda

---

<sup>31</sup>MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

<sup>32</sup>Idem.

<sup>33</sup>Idem.Ibidem.

<sup>34</sup>Idem.Ibidem.

analogia com aquelas de pessoas do mesmo sexo [...] desde que duas pessoas, somente”<sup>35</sup>.

Diante disso, nota-se que a família possui um novo conceito no momento de não diferenciar mais a questão de sexo entre seus pares, pois foca a afetividade, o amor, a compreensão e o auxílio mútuo entre o casal, procuram abolir o preconceito contra homoafetivos. Porém, é interessante lembrar que, como um todo o processo de mudanças sociais, há um período de adaptação aos direitos conquistados, mas, essencialmente, é fundamental fazer valer o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que independe da orientação sexual.

### 2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DA TUTELA DA FAMÍLIA DE CASAIS HOMOAFETIVOS

Como já destacado anteriormente, a família somente podia gozar da proteção do Estado e o respeito da sociedade, quando esta fosse constituída por meio do casamento. Mas isso, gradativamente, vem sendo substituído pela união em função do afeto no ambiente familiar, indiferente do sexo de seus membros. Exemplo disso, foi a recente decisão do STF (2011), acima comentada, sobre o reconhecimento da união de casais do mesmo sexo como família, tendo eles os mesmos direitos e deveres das entidades familiares formadas por homens e mulheres. Neste caso, inclui-se a legitimidade dos direitos à adoção.

Mesmo diante da recente decisão sobre o reconhecimento de uniões homoafetivas enquanto unidade familiar, apresentam-se, nesta etapa, algumas considerações legais quanto à Constituição Federal, ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação aos aspectos jurídicos e constitucionais relativos à validação dos direitos de adoção pelas novas entidades familiares.

Nas transformações nos modelos de família (concubinatos, união estável; união homoafetiva), nota-se que as lacunas (abertas) à interpretação da Constituição Federal de 1988 estão sendo, gradativamente, preenchidas, de acordo com as mudanças nas relações entre pares, para a formação da entidade familiar.

Na fundamentação de Lôbo, observa-se que é necessário reconhecer a legitimidade e a constitucionalidade dos outros modelos familiares não referidos

---

<sup>35</sup>MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família.** Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

expressamente, tendo em vista que existem declarações na Constituição Federal de 1988, que exigem uma interpretação aberta. Com o artigo 226 da CF 88 houve uma mudança no âmbito da proteção constitucional à família, pois, ao retirar-se a locução “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por outra, colocou-se sob tutela constitucional “a família”. Desse modo, subentende-se que seja “qualquer família”, pois a cláusula de exclusão desapareceu<sup>36</sup>.

Na mesma direção, Farias e Rosenvald assinalam que segundo o artigo 226 da CF 88, a família tem um conceito plural, uma vez que procura o melhor interesse no desenvolvimento da pessoa humana. Isto é, não se pode proteger algumas unidades familiares e outras não, visto que o não amparo de pessoas que integram, por determinadas situações, núcleos familiares é um ato discriminatório. Nas palavras dos doutrinadores:

[...] ademais sobreleva considerar que a norma constitucional deve ser interpretada de forma a se lhe emprestar a maior eficácia possível. Nesse passo, podendo se extrair diferentes sentidos da leitura de determinado dispositivo constitucional, deve prevalecer o que determine maior alcance social, conferindo eficácia ao princípio da dignidade de cada um dos que integram o núcleo familiar<sup>37</sup>.

Ora, a Constituição Federal de 1988 em sua interpretação plural e aberta foi preenchida, teoricamente, pela substituição do “casamento” pela “família”, enquanto entidade familiar legal com proteção e reconhecimento do Estado; procurando reconhecer a união de “qualquer família” com base no amor e no afeto mútuo entre seus componentes. Assim, se toda e qualquer união constituída em forma de família afetiva recebe reconhecimento do Estado, e as relações homoafetivas são uniões sob amor e afeto em um modelo de família, é lógico afirmar que as uniões homoafetivas são reconhecidas e amparadas pelo Estado, como família socioafetiva. Tendo, assim, os mesmos direitos e deveres das famílias. Eis a efetividade dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Gonçalves salienta que a CF de 1988 absorveu e adotou uma transformação de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando modificações no direito de família através de três fatores. O primeiro fator diz respeito ao fato de que a “família é plural, deixando de ser singular, sendo

---

<sup>36</sup>LÔBO, 2011, op.cit. p. 20.

<sup>37</sup>FARIAS, 2010, op.cit. p. 39.

constituída por diversos meios”<sup>38</sup>. Já o segundo fator está relacionado à “alteração da forma de filiação, proibindo discriminações decorrentes do modo de concepção se dentro ou fora do casamento”<sup>39</sup>. Por fim, o terceiro fator aprova o “princípio da igualdade entre homens e mulheres”<sup>40</sup>.

O referido autor menciona, ainda, que,

Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar<sup>41</sup>.

Dessa forma, como as relações familiares são identificadas por novos enfoques (novos valores), ficam claros os vínculos afetivos que orientam sua formação, tanto que a família socioafetiva tem sido priorizada na doutrina e na jurisprudência. Essas alterações no advento constitucional são aprovadas pelo CC de 2002, pois trás uma realidade familiar concreta, na qual o vínculo afetivo se sobrepõe ao biológico<sup>42</sup>.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Esse Estado precisa garantir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente, às minorias, como é o caso dos homoafetivos por dois motivos essenciais. Primeiro, perante as situações de preconceitos vivenciados pelos homossexuais na sociedade e, segundo, pela proteção para que estes possam gozar efetivamente dos direitos de constituição de família e reconhecimento como tal, pelo apoio dos dispositivos legais<sup>43</sup>.

Desse modo, a simples existência do direito nem sempre incorre na sua efetiva prática, mas é preciso que as pessoas prejudicadas façam valer seus direitos.

Giorgis comenta que como é a afetividade que norteia a formação da comunidade familiar, não existindo razões para bloquear as uniões homoafetivas, o reconhecimento e identidade enquanto família, mesmo que não seja formada pela forma tradicional do casamento entre homem e mulher, “no altar, felizes para

---

<sup>38</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

<sup>39</sup>Ibidem.

<sup>40</sup>Idem, Ibidem.

<sup>41</sup>Idem, Ibidem.

<sup>42</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>43</sup>SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.32. Rio de Janeiro: Padua: 2000. p. 32.

sempre”<sup>44</sup>. Inclusive, muitos dos problemas que os casais homoafetivos enfrentam são parecidos com aqueles enfrentados pelas uniões heterossexuais. O carinho, o afeto, o amor, o respeito, a compreensão, a sexualidade e diversos outros sentimentos que aproximam os casais héteros, são os mesmos que unem os casais do mesmo sexo. Nos dizeres do Giorgis:

[...] o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela<sup>45</sup>.

Como a entidade familiar está intimamente ligada ao Direito de Família e, este, por sua vez, aos princípios norteadores da formação da família, interessante trazer algumas considerações sobre alguns deles. Assim, antes de trazer à reflexão os principais princípios, importante entender o que são os princípios, na visão de doutrinadores.

### 2.3.1 Conceito de princípios

Quaresma salienta que os princípios podem ser entendidos como normas dotadas de imperatividade, e, inclusive, salienta-se que princípios,

[...] significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica<sup>46</sup>.

Os princípios do ordenamento jurídico são imprescindíveis para a aplicação da Lei e servem para uma compreensão jurídica, e para manter a harmonia nas diversas relações entre as partes na sociedade, por exemplo.

Para o Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, Wladimir Flávio Luiz Braga, os princípios representam o núcleo do sistema legal, por meio de enunciados normativos (universais ou não), que orientam o ordenamento jurídico, em relação à

---

<sup>44</sup>GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Partilha: A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 140.

<sup>45</sup>Ibidem.

<sup>46</sup>QUARESMA, Regina. et.al. **Direito Constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 86.

elaboração, aplicação, integração, alteração ou supressão das normas. Além disso, os princípios trazem a ideia de justiça, liberdade, igualdade, democracia, dignidade, entre outros, “que serviram, servem e poderão continuar servindo de alicerce para o edifício do Direito, em permanente construção [...]”. Como termina o ilustre doutrinador: “[...] se o texto materializado em papel (ou arquivo digital) nos mostra o corpo da lei, os Princípios Gerais do Direito representam o seu espírito”<sup>47</sup>.

Como exemplo de princípios, Braga cita alguns da área constitucional:

Todos devem ser tratados como iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; Todos são inocentes até prova em contrário; Ninguém deverá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; Nenhuma pena deverá passar da pessoa do condenado; Aos acusados em geral devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa; A propriedade deve cumprir sua função social; Deve-se pugnar pela moralidade administrativa; etc.<sup>48</sup>

E na área civil:

Ninguém deve descumprir a lei alegando que não a conhece; Nas declarações de vontade deverá ser mais considerada a intenção do que o sentido literal da linguagem; O enriquecimento ilícito deve ser proibido; - Ninguém deve transferir ou transmitir mais direitos do que tem; A boa-fé se deve presumir e a má-fé deve ser provada; Deve ser preservada a autonomia da instituição familiar; O dano causado por dolo ou culpa deve ser reparado; As obrigações contraídas devem ser cumpridas (*pacta sunt servanda*); Quem exercitar o próprio direito não estará prejudicando ninguém; - Deve haver equilíbrio nos contratos, com respeito à autonomia da vontade e da liberdade para contratar; Os valores essenciais da pessoa humana são intangíveis e devem ser respeitados; A interpretação a ser seguida é aquela que se revelar menos onerosa para o devedor; A pessoa deve responder pelos próprios atos e não pelos atos alheios; Deve ser mais favorecido aquele que procura evitar um dano do que aquele que busca realizar um ganho; Ninguém deve ser responsabilizado mais de uma vez pelo mesmo fato; Nas relações sociais se deve tutelar a boa-fé e reprimir a má-fé; etc.<sup>49</sup>

Apesar de a formação da família estar interligada, mesmo que indiretamente, a diversos outros princípios, há dois que podem íntima relação neste cenário, que são: Princípio da Dignidade Humana e Princípio da Solidariedade familiar.

---

<sup>47</sup>BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: <[http://fdc.br/Artigos/..%5CARquivos \[...\]](http://fdc.br/Artigos/..%5CARquivos [...])>. Acesso em: 21 jul. 2012.

<sup>48</sup>Ibidem.

<sup>49</sup>BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: <[http://fdc.br/Artigos/..%5CARquivos \[...\]](http://fdc.br/Artigos/..%5CARquivos [...])>. Acesso em: 21 jul. 2012. [s.p.].

### 2.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Esse princípio tem por objetivo promover o pleno desenvolvimento dos membros da família, principalmente, das crianças e adolescentes, segundo entendimentos de Maria Helena Diniz<sup>50</sup>. Além do mais, de todos os princípios “é o universal e é dele que se propagam todos os demais princípios como o da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade”<sup>51</sup>.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, afirma que a “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”<sup>52</sup>.

Ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos homoafetivos, Angeluci, corroborando com Diniz, destaca que “pensar na família moderna olvidando o princípio da dignidade da pessoa humana é uma contradição e verdadeira forma de se negar a função primeira da família: o desenvolvimento de cada um de seus membros”<sup>53</sup>. O especialista ainda salienta a importância do afeto para a realização da dignidade humana, já que é ele que proporciona ao indivíduo a estruturação da sua vida e esta provém, basicamente, pelo base familiar<sup>54</sup>.

O Estado reprovar ao amor homoafetivo é incompatível com o direito de respeito à dignidade, e isso, necessariamente, implica em desrespeito à liberdade de envolvimento afetivo com quem se quiser, sem que isso seja motivo para se menosprezar jurídica ou socialmente<sup>55</sup>. Além disso, segundo Vecchiato,

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada um inclui a sua opção sexual e, por conseguinte, o seu respeito e a sua proteção pela sociedade e, evidentemente, pela ordem jurídica em vigor<sup>56</sup>.

<sup>50</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.25.

<sup>51</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey: 2006. p. 68.

<sup>52</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

<sup>53</sup>ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai. 2005.

<sup>54</sup>Ibidem.

<sup>55</sup>VECCHIATTO, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2008. p. 313.

<sup>56</sup>Ibidem.

Nas manifestações de Lôbo, a dignidade da pessoa humana esta relacionada à proteção imediata da família, “no interesse da realização existencial e efetiva das pessoas, e não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”<sup>57</sup>. Desse modo, “não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>58</sup>.

Além da dignidade da pessoa humana se relacionar à questão da livre escolha na constituição de família, ela, também, diz respeito à sexualidade enquanto própria condição humana. Sobre isso, Maria Berenice Dias assinala:

Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada<sup>59</sup>.

Ao incorrer-se em desrespeito à dignidade da pessoa humana, pela discriminação da liberdade de orientação sexual da pessoa, pode-se infringir a própria Constituição Federal, como reforça Dias:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições de direitos servindo de fortalecimento a estigmas sociais e causando sofrimento a muitos seres humanos<sup>60</sup>.

Diante disso, pode-se compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana está ligado diretamente à liberdade das pessoas em constituírem suas famílias. Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa o alicerce à liberdade de escolha, inclui-se, neste contexto, o direito subjetivo da liberdade de orientação sexual, na concepção dos novos moldes familiares<sup>61</sup>. Ou seja, as uniões entre pares

---

<sup>57</sup>LÔBO, 2011. op.cit. p. 46.

<sup>58</sup>Ibidem.

<sup>59</sup>DIAS, 2009. op.cit. p.99.

<sup>60</sup>DIAS, 2009. op.cit. p.104.

<sup>61</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

do mesmo sexo.

### 2.3.3 Princípio da Igualdade

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade no qual todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico perante a lei. Segundo seu artigo 5º (Constituição Federal):

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição<sup>62</sup>.

Neste sentido, Dias afirma que “a garantia da igualdade passa pela garantia da expressão da sexualidade e a liberdade de orientação sexual insere-se como uma afirmação dos direitos humanos”<sup>63</sup>, uma vez que um dos fins do estado é a promoção do bem de todos, sem discriminação.

Dias ainda menciona que o princípio da igualdade,

Implica igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos, mas é também imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevalecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal<sup>64</sup>.

Para Rios, “o princípio da igualdade proíbe a discriminação fundada na homossexualidade, calcada numa realidade preconceituosa”<sup>65</sup>. O referido jurista ainda apresenta a concepção de igualdade sob o prisma da racionalidade e da formalidade:

---

<sup>62</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. A Constituição Federal comentada pelo STF, digitalizada e distribuída gratuitamente. Disponível em: <www.E-Book-Gratuito.Blogspot.Com>. Acesso em: 18 jul. 2012.

<sup>63</sup>DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.16.

<sup>64</sup>Idem, p. 72.

<sup>65</sup>RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. In: AZEVEDO, Plauto Faraco de (Ed.). Direito e Democracia. **Revista de Ciências Jurídicas**. ULBRA. vol. 2, n. 2 - 2º semestre de 2001, p.383.

Na dimensão racional, a igualdade é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações; o direito, como ordem normativa, prescreve tal relação entre os entes objetos de comparação, estabelecendo quando, como e por que serão sustentadas equiparações ou diferenciações<sup>66</sup>.

O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito<sup>67</sup>.

A homossexualidade se insere na esfera da sexualidade e isto significa “a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual”<sup>68</sup>, consequência necessária decorrente do aspecto formal do princípio da igualdade, que proíbe discriminações em função da orientação sexual. Isso porque,

A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal<sup>69</sup>.

Dessa forma, o princípio da igualdade exige a qualidade de sujeito de direito. Ou seja, “que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, essa qualidade de sujeito de direito”. Isto significa, na prática, não identificar o sujeito com a pessoa heterossexual<sup>70</sup>. Mas, para que a igualdade perante a lei seja alcançada, inclusive, para a adoção de crianças por pares homossexuais, é necessário “haver uma ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual”<sup>71</sup>. Como termina Rios, “é necessário afirmar o direito à indiferença, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral”<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup>RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. In: AZEVEDO, Plauto Faraco de (Ed.). Direito e Democracia. **Revista de Ciências Jurídicas**. ULBRA. vol. 2, n. 2 - 2º semestre de 2001, p.391.

<sup>67</sup>Idem;

<sup>68</sup>Idem, Ibidem.

<sup>69</sup>Idem, Ibidem.

<sup>70</sup>Idem, Ibidem.

<sup>71</sup>Idem, Ibidem.

<sup>72</sup>Ibidem. p.392.

### 2.3.4 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

A base da sociedade deixou de ser reconhecida apenas como a do casamento e abriu espaço, ao reconhecer o princípio do pluralismo das entidades familiares. O Estado têm reconhecido diversas possibilidades de formação de família, dentre elas: união estável e família monoparental.

Neste sentido, Maria Helena Diniz comenta que as diversas formações de família estão de acordo com o princípio da pluralidade familiar, já que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e monoparental)<sup>73</sup>.

Também, da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), pode-se depreender a recepção do conceito de família pela união entre pessoas do mesmo sexo:

Artigo 2º: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social".<sup>74</sup>

Do mesmo modo, o artigo 5º da mesma Lei 11.340, dispõe que:

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

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as **esporadicamente agregadas**;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, **por afinidade ou por vontade expressa**;

III - em **qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste **artigo independem de orientação sexual** ([grifo nosso])<sup>75</sup>.

Observa-se que, principalmente, no parágrafo único, do artigo 5º da Lei Maria

<sup>73</sup>DINIZ, 2011. op.cit. p. 37.

<sup>74</sup>BRASIL. **Lei n. 11.340**, de 7 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>75</sup>Idem.

da Penha, a menção clara de que as relações pessoais e as situações caracterizadas como violência doméstica “independem da orientação sexual das pessoas envolvidas”<sup>76</sup>. Desse modo, como a referida lei dá garantia legal aos fatos que ocorrem no ambiente doméstico, pode-se concluir que as uniões homoafetivas já estavam sendo consideradas entidades familiares, pela concepção do novo conceito de família.

É neste contexto que se incluem as famílias parentais e as pluriparentais, pois, ao excluir as entidades familiares que são compostas por ligações afetivas (homoafetivas) e que acarretam uma relação próxima pessoal e matrimonial, incorre-se em injustiça<sup>77</sup>.

Observa-se que as uniões homoafetivas sendo reconhecidas pelos dispositivos legais enquanto entidade familiar, certamente, serão amparadas para o processo de adoção, de acordo o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem, teoricamente, passar por discriminações sexuais como veremos adiante.

---

<sup>76</sup>DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

<sup>77</sup>Idem.

### 3 A ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS

Esta etapa procura trazer à reflexão alguns aspectos históricos da adoção e sua evolução na legislação brasileira e os principais requisitos para se efetivar o processo de adoção. Ainda, situa-se a viabilidade psicológica da educação pelo par homossexual e a viabilidade jurídica da adoção por casais homossexuais, no Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, como se utiliza no decorrer deste estudo as nomenclaturas “homoafetivos e homossexuais”, interessante entender o que difere o primeiro do segundo.

Homoafetivos<sup>78</sup> podem ser entendidos como seres que se atraem, afetivamente, matrimonial e sexualmente para sexos semelhantes. Já homossexual é uma das “primeiras grandes divisões em relação à orientação sexual, que designa o interesse e a atração sexual por indivíduos do mesmo sexo”<sup>79</sup>.

A decisão de utilização de ambas as nomenclaturas diz, por um lado, da necessidade de ser mais facilmente compreendida, eis que a expressão homossexual é amplamente conhecida. Por outro, diz do interesse em cunhar uma expressão mais adequada para identificar a situação estudada, que se refere à construção de vínculos familiares, onde a menção ao afeto amplia conceitualmente o par adotante.

#### 3.1 HISTÓRICO DA ADOÇÃO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

Ao se falar em adoção em períodos mais remotos da sociedade, percebe-se que, inicialmente, a adoção era mais voltada à satisfação do adotante e não do adotado. Mas este processo foi sendo, gradativamente, aprimorado de maneira que, atualmente, o objetivo principal da adoção está ligado ao amparo ao adotado, principalmente, para que o mesmo tenha um lar e condições adequadas para se desenvolver, de acordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>78</sup>DIAS, Maria Berenice. União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos. In: **Revista Brasileira de Direito de Família** n.º 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000, p.1.

<sup>79</sup>OLIVEIRA, Silvério. Diferenças entre homossexualismo e homossexual. **Revista SEFLU** - Rio de Janeiro: Faculdade de Ciências Médicas e Paramédicas Fluminense, ano 1, nº 2, dezembro 2001. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/vyaestelar/homossexualidade.htm>>. Acesso em: 15 out. 2012.

### 3.1.1 Histórico da Adoção: Antiguidade, Idade Média e Idade Moderna

Alguns autores separam o processo de histórico da adoção por meio da análise da Idade Antiga, Idade Média e da Idade Moderna.

#### 3.1.2 Na Antiguidade

Na Antiguidade, principalmente entre os povos da Grécia e da Roma Antiga, a adoção estava relacionada aos “dizeres” da igreja e o povo daquela época acreditava “que os vivos eram protegidos pelos mortos”<sup>80</sup>. As pessoas ainda confiavam que os mortos precisam dos rituais fúnebres dos seus familiares, para ficarem em paz na vida depois da morte. Dessa forma, o vivo “não podia passar sem o morto, nem este sem aquele”<sup>81</sup>. Justamente por este motivo que se estabelecia um laço entre as gerações da mesma família<sup>82</sup>. Nas palavras de Granato,

[...] a religião só podia propagar-se pela geração. O pai transmitia a vida ao filho e, ao mesmo tempo, a sua crença, o seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer o repasto fúnebre, de pronunciar as fórmulas da oração. Dessa forma, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguisse<sup>83</sup>.

E mais:

A mesma religião obrigando o homem ao casamento, determinando o divórcio em casos de esterilidade, substituindo o marido por um parente em casos de impotência ou de morte prematura, oferece ainda à família derradeiro recurso como meio de escapar à desgraça tão temida da sua extinção: esse recurso, encontramos-lo no direito de adotar<sup>84</sup>.

Dessa forma, pode-se dizer que adotar um filho era visto como uma forma de garantir a salvação para a família, pois, assim, podia-se continuar a realizar os atos fúnebres para os vivos e mortos continuarem suas vidas antes ou depois da morte.

Então, a adoção era realizada para “o bem da família e da igreja”, mas não como forma de dar um novo lar para o adotado.

---

<sup>80</sup>GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006, p.31.

<sup>81</sup>Idem. Ibidem.

<sup>82</sup>Idem. Ibidem.

<sup>83</sup>Idem. Ibidem.

<sup>84</sup>Idem, p.32.

A forma de adoção era realizada por cerimônias sagradas, enquanto recepção ao recém-chegado à família. Havia uma separação completa do adotado em função da sua antiga família. Porém, quando o adotado tivesse um filho e o deixava em seu lugar na família adotante, este poderia voltar para sua família de origem. Mas teria que romper qualquer vínculo com seu próprio filho<sup>85</sup>.

Outro aspecto importante referente à adoção na antiguidade foi o Código Hamurabi. Ela apresentava 282 dispositivos, sendo nove referentes à adoção:

A história da humanidade empresta relevante importância ao Código de Hamurabi, considerado a primeira codificação jurídica de que se tem notícia. Hamurabi, rei da Babilônia, (1750-1685 IX.) no código a que se dá o seu nome, traz uma visão da sociedade da época: as classes sociais, as profissões, a situação da mulher e os crimes que eram cometidos<sup>86</sup>.

Entre outros aspectos regidos pelo Código Hamurabi, pode-se destacar que os pais biológicos somente podiam reclamar o filho de volta se o adotante tivesse um ofício e não o tivesse ensinado ao filho; se não fosse tratado como filho; se tivesse sido renegado em favor dos filhos naturais. Ainda, se o adotando fosse ingrato à família adotante, o filho poderia ser devolvido à família original e, cabia ao pai do adotivo, criar e educar o novo membro como se da família fosse. Assim, a adoção se tornava indissolúvel<sup>87</sup>.

Além disso, percebem-se algumas passagens na Bíblia, sobre a existência da adoção entre os hebreus. Segundo Chaves,

Moisés, quando salvo das águas do Nilo, foi adotado por Térmulus, filha do Faraó. Ester foi adotada por Mardoqueu. Sara adotou os filhos de sua serva Agar (segundo alguns relatos históricos, já que, segundo outros, ela os teria expulsado para o deserto)<sup>88</sup>.

Sobre o período da Idade Antiga, Júnior salienta que na Grécia, a prática da adoção existia e apenas os cidadãos podiam adotar e serem adotados, através da participação de uma assembleia popular. Já entre os babilônicos, dentre outros pontos, o adotado podia voltar à casa de seus pais naturais, mas só se esses o

---

<sup>85</sup>GRANATO, 2006. op.cit.

<sup>86</sup>Idem. p.33.

<sup>87</sup>Idem, Ibidem.

<sup>88</sup>CHAVES (1995, p.48 apud GRANATO, 2006, p.35). GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

tivessem criado, mas proibia-se essa situação se o adotante tivesse gasto dinheiro e despendido zelo com o adotando<sup>89</sup>.

Um dos locais onde mais se desenvolveu a adoção foi em Roma. Isso se deu em função da necessidade de “se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família, ali a adoção atingiu, também, finalidades políticas, permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa”<sup>90</sup>. Apareceram, naquele período, dois tipos de adoção: (a) *adrogatio*<sup>91</sup> e (b) *adoptio*<sup>92</sup>. Na adoção *adrogatio*, “que envolvia a agregação de um *paterfamilias*<sup>93</sup>, que se integrava com toda a sua família e seu patrimônio na família do ad-rogante e se submetia ao seu poder, sofrendo uma *capitis diminutio*<sup>94</sup> o convertendo-se num *alieni júris*<sup>95</sup>”. Já na adoção *adoptio*<sup>96</sup>, “*filius familias*, afastava-se o adotado completamente da sua família natural e se integrava à família do adotante”<sup>97</sup>.

Por fim, na época de Justiniano (527/565) foram mantidas as duas espécies de adoção, mas foi simplificado seu procedimento, na qual a adoção podia ser realizada pela simples manifestação dos pais, junto ao adotando, na presença de um magistrado<sup>98</sup>.

### 3.1.3 Idade Média

Neste período, a adoção caiu no desuso, principalmente, por ir contra os interesses dos senhores feudais, em função do Direito Canônico. Desse modo, como ensina Granato, os ensinamentos iniciais do cristianismo, de que a família precisava realizar os ritos fúnebres para tranquilizar as almas dos mortos e dos

---

<sup>89</sup> JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>90</sup> GRANATO, 2006. op.cit. p.37.

<sup>91</sup> O arrogado, bem como todos os que estão sob o seu poder, entram sob o poder do arrogante, que adquire também o seu inteiro patrimônio, em uma sucessão universal entre vivos (JUSBRASIL, 2012).

<sup>92</sup> *Adoptio plena*, adoção realizada entre indivíduos que possuíam o vínculo de parentesco, e *adoptio minus plena*, realizada entre desconhecidos (VENOSA, 2007).

<sup>93</sup> Pai da família. Era o mais elevado estatuto familiar na Roma Antiga e sempre pertencia a uma posição masculina (VENOSA, 2007).

<sup>94</sup> No Direito Romano, significava a diminuição da capacidade. Atualmente esta expressão jurídica significa a diminuição ou perda de autoridade, em geral humilhante ou vexatória (JUSBRASIL, 2012).

<sup>95</sup> Sob tutela, sob a guarda, sob a custódia (JUSBRASIL, 2012).

<sup>96</sup> Ato jurídico criado por via de interpretação com apoio em uma regra do texto das Leis das XII Tábuas, que proclamava a liberdade do filho que fosse vendido por três vezes pelo seu pai. A regra era assim redigida: “se o pai vende o filho três vezes, o filho fica livre do pai” (JUSBRASIL, 2012).

<sup>97</sup> GRANATO, 2006. op.cit. p.37.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

vivos, foram sendo afastados. Como comenta Junior, a adoção acabou sendo incompatível com a instituição de leis fundamentais aos interesses dos senhores feudais, como as referentes à transmissão *iure sanguinis* dos títulos nobiliárquicos<sup>99</sup>.

O povo germano praticava a adoção como forma de perpetuar o chefe de família e, principalmente, para que seus objetivos bélicos pudessem ter continuidade. Para isso, os adotantes tinham que mostrar sua bravura de combatente para, assim, serem-lhes conferidas as armas e o poder público de adotante. Neste caso, o herdeiro não herdava os bens do pai adotivo e somente podia suceder-lhes em último caso, ou doação entre vivos<sup>100</sup>.

Já entre os povos bárbaros da Idade Média, os Francos, ao seguir o Direito Romano, adotavam filhos desde que do sexo masculino, sem filhos, mas estes passavam a herdar os bens do pai adotivo, normalmente. Para os bárbaros Longobardos, ocupantes da Alemanha, a adoção era feita perante o povo em armas, semelhante ao sistema de adoção dos Francos. Os Visigodos, colonizadores da Península Ibérica, não tiveram a legislação da adoção bem desenvolvida, mesmo havendo algumas passagens nas leis municipais do local<sup>101</sup>.

Por fim, no Direito Hispânico-Português, na adoção praticada, o adotado tinha direito aos bens do adotante, sendo que o processo era feito por um documento privado, escrito e devia ser confirmado pelo Príncipe<sup>102</sup>.

Para Gilissen, o período da Idade Média foi marcado pela influência canonística e o processo de adoção seguiu o critério de legitimidade. Nesta, “legítimo é o filho nascido na constância do casamento, enquanto que os demais são considerados bastardos e sofrem uma série de limitações jurídicas”<sup>103</sup>. O mesmo autor salienta que conforme o “direito costumeiro da Europa ocidental, durante o medievo e mesmo em parte da época moderna, desconhecia-se a filiação por adoção, salvo algumas exceções localizadas em áreas específicas”<sup>104</sup>. Inclusive, o mesmo autor aponta que o direito brasileiro se baseou nesta concepção de filiação,

---

<sup>99</sup> JUNIOR, Enézio de Deus Silva. A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>100</sup> GRANATO, 2006. op.cit.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Idem. Ibidem.

<sup>103</sup> GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.612.

<sup>104</sup> Ibidem, p.614.

“biologizada e marcada por classificações de legitimidade, mas secundada pela adoção, enquanto vínculo de parentesco sem origem genética”<sup>105</sup>.

### 3.1.4 Idade Moderna

Granato comenta que é na Dinamarca, em 1683, que se encontra a referência ao instituto da adoção, no Código promulgado por Christian V. Ainda, surgiu na Alemanha, pelo projeto do Código Prussiano, o conhecido Código de Frederico e no *Codex Maximilianus* da Bavaria, em 1756. Nas palavras da autora:

Por essas leis era indispensável o contrato por escrito, que era submetido à apreciação do tribunal. Devia apresentar vantagem para o adotado, estabelecia diferença de idade e a imposição de ter o adotante cinquenta anos, no mínimo. Incluía direitos sucessórios e o caráter de irrevogabilidade da adoção<sup>106</sup>.

Além disso, a adoção, com influência dessa legislação do Código Napoleônico, estabeleceu quatro espécies de adoção: adoção ordinária, remuneratória, testamentária e oficiosa:

- a) adoção ordinária - permitia que pudessem adotar pessoas com mais de cinquenta anos, sem filhos e com a diferença de mais de quinze anos do adotado; previa a alteração do nome e a determinação de ser o filho adotivo herdeiro do adotante. Era contrato sujeito à homologação judicial;
- b) adoção remuneratória - prevista na hipótese de ter sido o adotante salvo por alguém; poderia então, adotar essa pessoa;
- c) adoção testamentária - permitida ao tutor, após cinco anos de tutela; e
- d) adoção oficiosa - era uma espécie de adoção provisória, em favor dos menores<sup>107</sup>.

Por outro lado, já no século XX, foi à legislação francesa que introduziu a figura da legitimação adotiva, por meio do Decreto Lei de 1939. Neste, “[...] o adotando era desligado de sua família natural e integrado na família adotiva, sendo órfão ou abandonado por seus pais, desde que tivesse menos de cinco anos de

---

<sup>105</sup>GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.612.

<sup>106</sup>GRANATO, 2006; op.cit. p.40.

<sup>107</sup>Idem.

idade”<sup>108</sup>. Já no direito português, observa-se que a “a adoção não teve desenvolvimento completo, apesar de ter o direito romano presidido às Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas”<sup>109</sup>.

Dentre algumas diferenças entre o direito romano e português, nota-se que enquanto no direito romano um dos principais efeitos da adoção era a aquisição do pátrio poder pelo adotante, no direito português havia oposição a essa medida. Já o direito à sucessão, adotado pelo direito romano, era rebatido pelo direito português, visto que esta dependia de autorização do Príncipe para que fosse aberta uma exceção na lei.

Dessa maneira, como salienta Granato, “[...] a adoção, no direito português antigo, era um título de filiação que servia apenas para pedir alimentos e ter outras distinções: só por graça do Príncipe, por lei especial, poderia ter todas as consequências que existiam no Direito romano”<sup>110</sup>.

A autora<sup>111</sup> termina afirmando que a adoção não foi acolhida no Código Civil português de 1867, porém, com o Código Civil de 1966, restaurou-se a adoção nas formas plena e adoção restrita.

Percebe-se que o processo legislativo da adoção passou por influência de diversos aspectos históricos, desde os primórdios. Inicialmente, a adoção era mais um capricho da religião, para que as pessoas tivessem alguém para realizar os rituais fúnebres, quando da falta da continuidade da espécie em uma determinada família.

A seguir, como algo contrário ao domínio dos senhores feudais, a adoção caiu em desuso, em alguns locais. Mas, por outro lado, alguns povos praticavam a adoção como “instrumento” para ações bélicas e dar continuidade ao poder do chefe da família. Neste período, notam-se indícios sobre a possibilidade dos adotados receberem heranças do pai adotivo, principalmente, quando do sexo masculino. Surge, ainda, neste cenário, a questão da legitimidade, separando-se, teoricamente, filhos legítimos dos bastardos<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup>Idem, p.41.

<sup>109</sup>Ibidem.

<sup>110</sup>GRANATO, 2006.op.cit.p.41.

<sup>111</sup>Idem.

<sup>112</sup>Ibidem.

Por fim, como vimos acima, a Idade Moderna foi marcada pela efetividade da adoção, por influência de vários povos e suas legislações, dentre eles: dinamarquês; alemão; franceses; romanos; portugueses, entre outros.

### 3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção, na legislação brasileira, não era tratada antes do Código Civil de 1916, vindo a ser regulamentada somente no século XX. Foi somente por meio dos artigos 368 a 378, do Código Civil de 1916, que as pessoas sem filhos puderam fazer o processo de adoção legalmente. Institui-se, assim, dispositivos para a criação de parentesco civil. Ou seja, pai e filho biológico possuem um vínculo natural e seu parentesco tem origem sanguínea e parentesco civil é criado pela lei<sup>113</sup>.

Neste cenário, Ferreira e Carvalho salientam que no Brasil Colônia já havia legislação ligada ao cuidado com as crianças e adolescentes, pois o Rei D. João II ordenou que as órfãs fossem alimentadas pelos administradores da colônia. Neste meio, surgiram, ainda, as chamadas rodas dos enjeitados, que era uma porta giratória com uma gaveta, onde as crianças eram colocadas em sigilo, pelas mães que não desejavam os seus filhos, em função de gravidez indesejada ou pobreza. Essas ações tinham como objetivo evitar o aborto e o infanticídio, além de diminuir o abandono e o sofrimento dos recém-nascidos<sup>114</sup>.

#### 3.2.1 O Código de 1916

Muitas mudanças ocorreram na legislação desde o período colonial até os tempos atuais, sendo que o Código Civil de 1916 tratou da adoção, ao oferecer aos casais, sem condições de ter filhos naturalmente, a adoção como uma forma deles terem a experiência de serem pais. O referido texto sobre a adoção se baseou, essencialmente, no Direito Romano, já que previa a adoção só para maiores de 50 anos, sem filhos, pois, provavelmente, nesta idade não poderia tê-lo mais<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup>PEDROSA, Helena Rodrigues Vaz. **A adoção por pares homoafetivos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2994, 12 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19975>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>114</sup>FERREIRA, M. R. P.; CARVALHO, S. R. **1º guia de adoção de crianças e adolescentes no Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções**. São Paulo: Winners, 2002.

<sup>115</sup>Ibidem.

Sobre isso, Granato salienta que “a adoção não era um modo normal de constituir a família, mas um meio supletivo de ter filhos”. Isso porque “[...] é bem verdade que a idade de cinquenta anos imposta ao adotante pelo legislador e a exigência da não existência de prole desestimulavam a prática da adoção”<sup>116</sup>.

Neste sentido, Junior ressalta que a adoção surgiu no cenário brasileiro com a Consolidação das Leis Civis, com Teixeira de Freitas, determinando aos juízes: “conceder cartas de legitimação aos filhos sacrilégios, adulterinos e incestuosos, e confirmar as adoções”<sup>117</sup>. O autor comenta também que a adoção, integrada no Código Civil de 1916, estabeleceu diferenças entre filhos naturais e adotivos, além de criar a legitimação adotiva, que não fazia distinção entre filhos biológicos e adotivos. Inclusive, mais tarde, segundo Junior, essa legitimação adotiva passou a ser tratada, só como adoção, nas modalidades simples e plena<sup>118</sup>.

### 3.2.2 A Lei 3.133/1957

Com a Lei nº 3.133/1957, alterou-se alguns aspectos sobre a adoção determinados pelo Código Civil de 1916:

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: I - quando as duas partes convierem; II - nos casos em que é admitida a deserdação.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo.

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

---

<sup>116</sup>GRANATO, 2006. op.cit. p.44.

<sup>117</sup>JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005, p.55

<sup>118</sup>Idem.

Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo<sup>119</sup>.

No entendimento de Granato, os dispositivos da Lei 3.133/57 trouxeram expressivas ajustes às regras do Código Civil então vigente, incentivando a prática da adoção. Inclusive, nas palavras da autora, “quarenta anos depois da entrada em vigor do Código Civil, que entre os requisitos relativos aos adotantes reduziu a idade mínima de cinquenta para trinta anos de idade”<sup>120</sup>. Desse modo, aduz a autora, “[...] eliminava assim, a maior barreira na prática da adoção. Casais jovens puderam então tornar realidade o sonho de adotar um filho”<sup>121</sup>.

Estabeleceu-se, ainda, que os casais somente poderiam adotar depois de cinco anos de casados, “certamente para evitar adoções precipitadas”<sup>122</sup>. Além disso, outros abrandamentos foram observados, como, por exemplo: “eliminação da exigência de não ter o adotante prole legítima ou legitimada; redução da diferença de idade entre adotante e adotando de dezoito para dezesseis anos”<sup>123</sup>. Ainda, os efeitos da adoção também sofreram modificação:

Houve exclusão da regra que determinava a não produção de efeitos sucessórios se o filho já estivesse concebido no momento da adoção e sua substituição pelo princípio de que, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária. Marcante inovação foi a possibilidade prevista na lei de o adotado poder acrescentar ao nome dos pais de sangue os do adotante; ou ainda usar somente os do adotante, excluindo os apelidos dos pais de sangue<sup>124</sup>.

Neste cenário, Venosa comenta que o instrumento jurídico para concretizar o a adoção era a escritura pública e não era admitido qualquer outro documento que declarasse a vontade em adotar, sendo que nesta escritura não poderia haver condição, nem termo<sup>125</sup>.

Por outro lado, “O parentesco resultante da adoção se limitava ao adotante e ao adotado, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais”, desse modo, “não havia relação de parentesco com os novos avós, pois os nomes destes não figuravam na

---

<sup>119</sup>LÔBO, 2010.op.cit. p.253.

<sup>120</sup>GRANATO, 2006. op.cit. p.45

<sup>121</sup>Ibidem.

<sup>122</sup>Idem, Ibidem.

<sup>123</sup>Idem, Ibidem.

<sup>124</sup>Ibidem.

<sup>125</sup>VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

escritura pública que declarava o novo estado de filiação”<sup>126</sup>. Porém, como ressalta Venosa, “não poderia haver matrimônio entre o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante, e entre o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva”<sup>127</sup>.

Segundo Gonçalves, a distinção entre filhos naturais e adotivos, pois ambos não possuíam os mesmos direitos, fez com que muitos casais passassem a realizar um procedimento ilegal, chamado pela jurisprudência de “adoção simulada” ou “adoção à brasileira”<sup>128</sup>. Neste procedimento, os adotantes assumiam a maternidade/paternidade, registrando filho alheio como se fosse próprio, para que este tivesse os mesmos direitos que um filho natural.

### 3.2.3 A Lei 4.655

Granato reforça que o outro dispositivo importante deste período foi a Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, com a criação da legitimação adotiva. Segundo a Lei, “a legitimação adotiva só podia ser deferida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano”<sup>129</sup>. Ou, quando os pais “tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou ainda na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação”<sup>130</sup>.

A Lei 4.655 mostrou a intenção de integrar completamente a criança na nova família, inclusive, nota-se que o artigo 10 estabelece “a possibilidade de ao menor ser conferido o nome do legitimante e, ainda mais, modificar o seu prenome”. Dessa forma, os pais do adotivo podiam dar-lhes o prenome que quisessem e acrescentar-lhes os apelidos que a família optasse. “A legitimação adotiva foi precursora da Adoção Plena, depois consagrada pelo Código de Menores”<sup>131</sup>.

Mesmo considerando as modificações tímidas e insuficientes, Granato<sup>132</sup> afirma que elas representaram um passo a mais para a atualização do instituto.

---

<sup>126</sup>Idem, p.271.

<sup>127</sup>VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.271.

<sup>128</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>129</sup>GRANATO, 2006. op.cit. p.46.

<sup>130</sup>Ibidem.

<sup>131</sup>GRANATO, 2006.op.cit. p.47.

<sup>132</sup>Ibidem.

### 3.2.4 O Código De Menores - Lei 6.697/79

A Lei 6.697/79 criou o Código de Menores, que introduziu a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva da Lei 4.655/65 e revogando-a. Ela também admitiu a adoção simples, regulada pelo Código Civil.

A referida lei se destinou à proteção das crianças menores até 18 anos de idade que se encontrasse em situação irregular, conforme o artigo 2º:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

1 - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, erga ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária.

VI - autor de infração penal<sup>133</sup>.

O Código de Menores só se aplicava quando os menores estavam em situação irregular, mas aqueles em situação regular poderiam ser adotados nos termos do Código Civil, independentemente de autorização judicial. Aos menores de dezoito anos, quando em situação irregular, aplicavam-se todas as disposições do Código Civil, chamada adoção simples. Nestes casos dependia-se da autorização judicial, junto com um período de convivência com os adotantes, dispensável para o menor de até um ano de idade<sup>134</sup>.

A adoção plena se legitimava ao cortar-se todos os laços com a família biológica do menor, convivendo com a nova família como se dela fosse filho biológico natural<sup>135</sup>.

### 3.2.5 Constituição de 1988

---

<sup>133</sup>GRANATO, 2006.op.cit. p.48.

<sup>134</sup>Ibidem.

<sup>135</sup>Idem.

Com a CF de 88, observa-se nos ensinamento de Gonçalves<sup>136</sup>, que foram equiparados os filhos naturais e os adotivos.

Além disso, estabeleceu-se que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e, ainda, colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e pressão<sup>137</sup>.

Granato ainda reforça que a CF de 88 igualou os direitos de todos os filhos ao tratar da Ordem Social, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso (artigos 226 a 230). Sendo que segundo estabelece o § 6º do art. 227: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas filiação”<sup>138</sup>.

Foi em função da preocupação diferenciada da CF de 1988 às crianças e adolescentes que surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, a adoção passa a ser regulamentada pelo Código Civil em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente, “devendo ser permeada por função social e valores jurídicos e afetivos, que concedem igual estima a filiação de ordem biológica”<sup>139</sup>.

Pedrosa termina enfatizando que “[...] além da função social que norteia a adoção, o Instituto vem infestado de preconceitos herdados de leis anteriores e costumes anteriores, que fazem com que haja a subvalorização da filiação adotiva frente à filiação biológica”<sup>140</sup>.

### 3.2.6 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Promulgado em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90), trata de políticas governamentais voltadas ao cumprimento dos direitos e garantias constitucionais das crianças e dos adolescentes.

---

<sup>136</sup>GONÇALVES, 2011.op.cit.

<sup>137</sup>Ibidem.

<sup>138</sup>GRANATO,2006.op.cit. p.49.

<sup>139</sup>PEDROSA, Helena Rodrigues Vaz. **A adoção por pares homoafetivos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2994, 12 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19975>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>140</sup>Ibidem.

O ECA tem por objetivo fornecer subsídios para que todos os operadores do Direito da Criança e do Adolescente, pertencentes ou não à área jurídica, possam cumprir e fazer cumprir as normas e princípios instituídos em benefício da população infanto-juvenil, assegurando-lhes o efetivo exercício de seus direitos e, por via de consequência, o acesso à cidadania plena que há tanto lhes foi prometida<sup>141</sup>.

De acordo com explicações de Bittencourt, no ano de 2006 o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), criaram o Plano Nacional de Proteção, Promoção e Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Este plano serviu de base para a Lei 12.010 (Lei da Adoção)<sup>142</sup>.

Já no ano de 2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente recebeu alguns ajustes no quesito do processo de adoção, através da Lei 12.010. Esta Lei, que ficou conhecida como a Nova Lei da Adoção, modificou expressamente o ECA, alterou a lei sobre investigação de paternidade sumária e revogou alguns artigos do Código Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho.

Segundo Figueiredo, a aprovação desta Lei 12.010 teve como objetivo de aperfeiçoar a legislação atual, procurando focar mais as garantias constitucionais que estavam subentendidas no ECA. Uma dessas garantias diz respeito à convivência familiar (artigo 227 da CF/88 e no ECA) com preferência à família natural em relação à família substituta<sup>143</sup>.

A Lei 12.010/09 veio ajudar a questão das adoções no Brasil, uma vez que os antigos abrigos, segundo Figueiredo, “estão cheios de crianças aptas à adoção, enquanto pessoas aguardam anos na fila para conseguirem uma autorização para adoção”<sup>144</sup>. Desse modo, a nova lei de adoção tem por objetivo corrigir as incompatibilidades existentes entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois este último apresentava grande evolução no que diz respeito à

---

<sup>141</sup>DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná/Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010, p.9.

<sup>142</sup>BITENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

<sup>143</sup>FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção – Lei 12.010 de 2009**. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>144</sup>Ibidem.

Adoção, e tais evoluções não poderiam ser perdidas com a vigência do Código Civil de 2002<sup>145</sup>.

Em relação à adoção, propriamente dita, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a mesma é realizada por decisão judicial, em caráter irrevogável, quando não for possível manter a criança ou adolescente em sua família natural ou extensa. Porém, para concretizar a adoção é preciso analisar os pré-requisitos de afinidade e afetividade entre o adotando e o adotante<sup>146</sup>.

Ainda, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é regida pela referida Lei, e a adoção não pode ser realizada por meio de procuração. O “adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes”<sup>147</sup>. Além disso, o artigo 41 do Estatuto salienta que na adoção “há condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Sendo que,

**§ 1º.** Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

**§ 2º.** É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária<sup>148</sup>.

A adoção pode ser realizada por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. Mas importante atentar-se para os seguintes incisos:

**§ 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

---

<sup>145</sup>FIGUEIREDO, 2009. op.cit.

<sup>146</sup>DIGIÁCOMO, 2010.op.cit. p.46.

<sup>147</sup>Idem.

<sup>148</sup>Idem.Ibidem.

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<sup>149</sup>.

Como já dito anteriormente a adoção será deferida ao apresentar reais vantagens à criança ou adolescente, e estar fundamentada em motivos legítimos. Mas, o tutor ou curador não pode adotar o pupilo ou curatelado, “Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance”. Ainda, a adoção precisa ser consentida pelos pais ou pelo representante legal do adotando, e “será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”<sup>150</sup>.

Por outro lado, a criança ou adolescente adotado sempre terá o direito de conhecer sua família biológica, ou pela menos, sua origem. Também terá acesso irrestrito ao processo “no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”, conforme o artigo 48 do ECA. Inclusive o parágrafo único aduz que, “o acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica”.

A adoção de criança e adolescente visa encontrar um lar para que estes desenvolvam-se com respeito, carinho e amor. Este lar, consagrado pela entidade familiar, pode ser tanto de casais de sexo diferentes, quanto do mesmo sexo. Como mencionou a então Desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias<sup>151</sup>, “[...] não há qualquer impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a capacidade para a adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante”. Ainda, continua com base na legislação: “[...] podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil”<sup>152</sup>. Por fim, salienta ainda que é necessário prevalecer o princípio do art. 43 (ECA): “A adoção será deferida quando apresentar

<sup>149</sup>DIGIÁCOMO, 2010. op.cit. p.47.

<sup>150</sup>DIGIÁCOMO, 2010. op.cit. p.49.

<sup>151</sup>DIAS, Maria Berenice. União Homossexual - Aspectos sociais e jurídicos. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000. p. 9.

<sup>152</sup>Ibidem.

reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivo legítimo”<sup>153</sup>.

Percebemos que pelas disposições do Estatuto da Criança de Adolescente (ECA), é fundamental haver uma identificação entre o adotante e o adotando, em termos de afetividade e afinidade. E, isto, pode haver indiferente da liberdade de escolha sexual do casal, pois o que se procura não é diferenciar homem e mulher, mas, essencialmente, dar e receber amor na entidade familiar.

### 3.2.7 O Código Civil

Diniz ressalta que a novo Código Civil (2002), “apesar de em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole”<sup>154</sup>. Por mais que 26% dos brasileiros, em média, vivem nesta modalidade de família.

Mesmo assim, interessante trazer algumas aspectos do Código Civil sobre o processo de adoção, como segue:

Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.

Parágrafo único. A adoção será precedida de estágio de convivência com o adotando, pelo prazo que o juiz fixar observadas as peculiaridades do caso, podendo ser dispensado somente se o menor tiver menos do que um ano de idade ou se, independentemente de sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para a avaliação dos benefícios da constituição do vínculo<sup>155</sup>.

Para haver a adoção é necessária a confiança de que a entidade familiar irá manter um comportamento respeitável no lar, protegendo a criança dos possíveis sofrimentos e humilhações, ao conviver com algo diferente. Neste caso, é preciso ponderar e ver se há a real vantagem para o adotado, pois, segundo o artigo 1.625 (citado), a adoção só será admitida quando constituir efetivo benefício ao adotado, e isso deverá ser analisado caso a caso, levando em consideração principalmente os fatores psicológicos tanto dos adotantes quanto do adotado. Dessa forma, a adoção

---

<sup>153</sup>DIAS, 2000. op.cit. p. 9.

<sup>154</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

<sup>155</sup>DINIZ, Maria Helena, et.al. BRASIL. **Novo Código Civil Comentado**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

deve ser vista como um ato de amor e o que deve prevalecer é a felicidade e o bem estar do adotado<sup>156</sup>.

Em nível de exemplo, interessante destacar o pedido de adoção por duas mulheres (união estável) no Rio Grande do Sul, em 2004. Segue um resumo do caso:

L. de 39 anos e Lu. de 31 anos convivem desde 1998. Em abril de 2003 Lu teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004, foi deferida a adoção de J.V. Na época L. participou da decisão e de todo o processo de adoção, auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças. Elas relatam que procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém é L. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige. L. diz que é mais metódica e rígida do que Lu e observou-se que é mais atenta na imposição de limites<sup>157</sup>.

O pedido de adoção foi negado em primeira e segunda instância, mas no Tribunal Gaúcho (instância seguinte), foi reconhecida a entidade familiar das duas mulheres, bem como a possibilidade adoção. Além disso, “a decisão apontou [...] que estudos não indicam qualquer impedimento às crianças serem adotadas por casais homossexuais, sendo mais importante a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas”<sup>158</sup>.

Porém, o Ministério Público do Rio Grande do Sul discordou da decisão e recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Alegou, entre outros aspectos, que a decisão contradiz os artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de discórdia pretoriana. Também solicitou provimento do recurso, “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada”<sup>159</sup>.

A seguir, após analisar profundamente o caso, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou o recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e manteve a decisão, permitindo a adoção de duas crianças pelo casal de mulheres. Dentre as palavras proferidas pelo então ministro relator, Luiz Felipe Salomão, destaca-se:

---

<sup>156</sup>MONTE, Hávilla Fernanda Araújo do; OLIVEIRA, Thaís Freitas de. **Adoção por casais homoafetivos**. Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19993/adocao-por-casais-homoafetivos/print/>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>157</sup>Idem.

<sup>158</sup>Idem.Ibidem.

<sup>159</sup>Idem.Ibidem.

[...] 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.

[...] 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, nos mostram que os ministros, na hora de analisarem o caso, estão desenvolvendo uma hermenêutica que não considera apenas o direito legal, mas também, a realidade<sup>160</sup>.

Mesmo tratando-se de uma decisão do ano de 2004, notam-se dificuldades enfrentadas por casais do mesmo sexo na adoção. Acredita-se, no entanto, que com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF, essas adoções sejam realizadas sem entraves da justiça, caracterizados, principalmente, pela discriminação aos casais homoafetivos, enquanto entidade familiar e possuidora dos mesmos direitos fundamentais de qualquer casal (homem e mulher).

### 3.3 REQUISITOS E EXIGÊNCIAS PARA A ADOÇÃO

Os requisitos e exigências para a adoção podem ser divididos em relação ao adotante e em relação ao adotando.

#### 3.3.1 Quanto ao adotante

Um dos primeiros requisitos para se adotar uma criança ou adolescente é que esta não pode ser realizar por meio de procuração<sup>161</sup>. Ou seja, “é imprescindível a presença daquele que vai adotar, mesmo porque [...] é necessário um estágio de convivência”. O mesmo vale para adoções por estrangeiro residente no exterior (art. 39) que, antes, podia ser feito por procuração, mesmo dando abertura para diversos problemas. Elias sobre isso afirma “Ademais, a avaliação dos adotantes presentes perante o juiz da Infância e da Juventude pode evitar distorções, que poderiam prejudicar a criança ou o adolescente”<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup>MONTE, Hávilla Fernanda Araújo do; OLIVEIRA, Thaís Freitas de. Adoção por casais homoafetivos. Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19993/adocao-por-casais-homoafetivos/print/>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>161</sup>DIGIÁCOMO, 2010.op.cit.

<sup>162</sup>ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.68.

O processo de adoção só pode ser feito por maiores de 18 anos, exceto em casos nos quais o adotado já esteja sob a guarda ou tutela dos adotantes (artigo 40 da Lei 12.010-09)<sup>163</sup>. Antes, no ECA, poderia haver adoção com 21 anos, mas com a Nova Lei da Adoção (12.010/2009), essa idade baixou para 18 anos. Inclusive, como salienta Elias, esta alteração de 21 para 18 anos está de acordo com “o artigo 1.618 do Código Civil, ao reduzir para 18 anos a idade para se atingir a maioridade, segundo o artigo 5.1 deste diploma legal”<sup>164</sup>.

Além disso, a adoção pode ser realizada por pessoas casadas, ou que vivam em união estável<sup>165</sup>, ou, conforme o artigo 42 da Lei 12.010/09: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”<sup>166</sup>.

Um dos adotantes (do casal) deve ser 16 anos mais velhos que o adotado (art. 42, § 311, do ECA e do art. 1.619 do Código Civil<sup>167</sup>). Isso porque “a adoção deve imitar a relação paterno-filial biológica. Destarte, impõe-se essa diferença de idade, e tal requisito não pode, em hipótese alguma, ser afastado”. Porém,

No caso de adoção de pupilo ou de curatelado, é necessário que o tutor ou o curador preste contas de sua administração, e, se por ventura tiver algum débito, devem saldá-lo. É natural que aqueles que não cumpriram adequadamente o seu mister não devem ser admitidos como pais. É a norma do art. 1.620 do Código Civil<sup>168</sup>.

As pessoas divorciadas ou separadas judicialmente também podem adotar em conjunto, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal. E, “que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão” (artigo 42 § 4 da Lei 12.010/09)<sup>169</sup>. Ainda, é preciso que o casal decida em conjunto sobre a guarda e do regime de visitas.

Outro requisito importante é a realização do estágio de convivência entre o adotante e a criança ou adolescente. Elias<sup>170</sup> argumenta que o objetivo do estágio é “verificar se há um bom relacionamento entre aqueles que, para sempre, ficarão

---

<sup>163</sup>DIGIÁCOMO, op. cit., p.40.

<sup>164</sup> Ibidem. Idem.

<sup>165</sup>ELIAS, Roberto João. Direitos fundamentais da criança. São Paulo: Saraiva, 2005, p.69.

<sup>166</sup>DIGIÁCOMO, Op. cit., p.44.

<sup>167</sup>CAHALI, Yussef Said (org.). Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>168</sup>ELIAS, Roberto João. Direitos fundamentais da criança. São Paulo: Saraiva, 2005, p.69.

<sup>169</sup>DIGIÁCOMO, Op. cit., p.44.

<sup>170</sup>Ibidem.

ligados. É um período de adaptação, necessário para que se consuma a adoção”<sup>171</sup>.

O prazo do estágio será fixado pelo magistrado, sendo que, quando o adotante tiver até um ano, o estágio pode ser dispensado. Do mesmo modo, quando o adotando já estiver com o adotante por tempo suficiente para a avaliação de convivência, o estágio pode ser dispensado<sup>172</sup>.

Já nas adoções de estrangeiros que moram fora do Brasil, para facilitar a convivência, o prazo do estágio é reduzido há trinta dias, segundo o artigo 46 § 3º da Lei 12.010/09: “em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias”<sup>173</sup>.

### 3.3.2 Quanto ao adotando

Segundo o artigo 40 do ECA, bem como por sua atualização dada pela Lei 12.010/09, o adotando deve ter no máximo 18 anos: “Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes”<sup>174</sup>. Neste sentido, Elias alerta para a exceção do artigo 40:

A exceção do mesmo artigo, na área da Infância e da Juventude, não tem mais aplicação, visto que a maioridade civil se alcança aos dezoito anos. Ocorre, contudo, que, de acordo com o art. 1.623 do Código Civil, mesmo a adoção de maiores dependerá de processo judicial. Anteriormente, essa adoção era feita por meio de escritura pública em Tabelião de Notas<sup>175</sup>.

O próximo requisito é que a adoção deve apresentar vantagens para o adotando e se basear em motivos legítimos. Sobre isso, o artigo 43 do ECA, dispõe que “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”<sup>176</sup>. O mesmo pode ser observado no

---

<sup>171</sup>DIGIÁCOMO, Op. cit., p.44.

<sup>172</sup>DIGIÁCOMO, Murillo José. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná/Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010, p.44.

<sup>173</sup>Idem, p.49.

<sup>174</sup>DIGIÁCOMO, op. cit., p.43.

<sup>175</sup>ELIAS, 2005. op.cit., p.70.

<sup>176</sup>DIGIÁCOMO, op. cit., p.47.

artigo 1.625 do Código Civil: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”<sup>177</sup>. Elias comenta sobre este aspecto que,

A vantagem sempre existirá se aqueles que pretenderem a adoção tiverem uma família bem estruturada, de modo a propiciar ao menor um lar adequado, no qual ele possa desenvolver plenamente a sua personalidade. A família é o habitat natural onde o ser humano encontra a assistência necessária. **Quando se fala em motivos legítimos quer-se, naturalmente, evitar que a adoção seja feita com segundas intenções.** Se perceber, por exemplo, que há interesses econômicos em casos, talvez raros, de menores com alentada fortuna, não se há de deferi-la ([grifo nosso])<sup>178</sup>.

Importante lembrar que se a criança ou o adolescente estiver sob o poder familiar (pátrio poder), é necessária a destituição, para que com a adoção uma nova relação familiar seja constituída:

Art. 45 (ECA). A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento<sup>179</sup>.

Desse modo, se os genitores concordarem, perderão o poder familiar. No caso do tutor ou do curador, a falta de consentimento não impedirá a adoção se ela for conveniente à criança ou adolescente. Por outro lado, se já houve a destituição do poder familiar ou então os pais são desconhecidos (abandono), não há que cogitar de consentimento. Porém, o próprio adotando, se já tiver doze anos, deverá ser escutado, pois sua vontade precisa ser levada em conta.

Sobre isso afirma Elias “Ressalte-se, todavia, que a proteção integral deve ser fornecida fundamentalmente em uma família. Logo, se o menor estiver abrigado, ou vagando pelas ruas, melhor é que se lhe dê um lar, ainda que não seja totalmente do seu agrado”<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup>BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>178</sup>ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.71.

<sup>179</sup>DIGIÁCOMO, 2010. op.cit., p.48.

<sup>180</sup>ELIAS, 2005.op.cit. p.70.

### 3.3.3 A Viabilidade Psicológica da Educação Pelo Par Homossexual

Quando se trata da viabilidade psicológica da educação do adotando pelo par homossexual, notam-se algumas colocações relacionadas ao fato da orientação sexual dos pais (homossexual) poder interferir no desenvolvimento afetivo do filho adotado. Teoricamente, haveria possíveis prejuízos pela falta de referenciais materno e paterno no processo educacional do menor. Mas, esses entendimentos carecem de fundamentação científica e de comprovação fática, na maioria dos argumentos mais usados, como se destaca a seguir.

Neste contexto, Giusto comenta que quando o assunto da adoção por pares homossexuais é abordado em seminários de Direito de Família, instala-se o burburinho e as pessoas não se dão conta do quanto é desconcertante esse tema:

São advogados, juízes, promotores, desembargadores, psicanalistas, psicólogos, assistentes sociais, enfim, todos os profissionais envolvidos nas questões de Direito de Família, que ali se reúnem para discutir os novos rumos a serem tomados. Nestas ocasiões, é visível o desconforto que os profissionais ainda sentem – com raríssimas exceções – quando o assunto é adoção de crianças por casais homossexuais<sup>181</sup>.

Os argumentos sobre a questão da aceitação ou não da adoção pelos pares homossexuais estão ligados, especialmente, ao sadio desenvolvimento do menor.

Comenta-se que a “ausência de referenciais do gênero masculino e feminino implicaria graves sequelas de cunho psicológico assim como geraria dificuldades para o adotado em relação a sua identificação sexual”. Por isso, teme-se que o adotado possa se tornar um homossexual, pela influência dos pais (homossexual)<sup>182</sup>.

Mas, por outro lado, é importante atentar-se que a ausência de referencial do gênero masculino e feminino pode ser suprida em outros ambientes que a criança ou ao adolescente frequenta, principalmente, família (tios, avós, primos, etc.). Como enfatiza Giusto: “[...] referida crítica mostra-se incoerente uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro chancela a adoção individual e reconhece, expressamente, a família monoparental”<sup>183</sup>.

Afirma Giusto que esse argumento da imitação dos pais fosse infalível, pela identificação sexual, não poderia haver filhos homossexuais de pais heterossexuais:

---

<sup>181</sup>GIUSTO, Eliana. **Adoção por pares homossexuais: sim ou não? quem sabe?**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=98>>. Acesso em: 1º set. 2012.

<sup>182</sup>Ibidem.

<sup>183</sup>Ibidem.

[...] se a afirmação de que os filhos imitam os pais fosse uma verdade inexorável, como se explica que crianças, geradas, criadas e educadas por casais heterossexuais, se descubram e se proclamem mais tarde homossexuais? Esse tipo de argumento é preconceituoso, discriminatório e infeliz. Se o velho jargão “tal pai, tal filho” fosse absoluto, filhos de gênios seriam gênios; de alcoólatras, alcoólatras; de psicopatas, psicopatas, e assim por diante. Felizmente, a realidade está aí para infirmar tais argumentos<sup>184</sup>.

Além disso, como ensina Júnior<sup>185</sup>, mesmo que a questão dos filhos imitarem os pais fosse comprovada, esse argumento não poderia justificar a proibição da adoção homossexual, pois estaria afrontando o direito à livre orientação sexual.

Enézio de Deus Silva Júnior também ressalta que, para melhor entender a influência que os pais homossexuais podem ocasionar na educação dos filhos adotados, é importante analisar algumas colocações da “Teoria da Aprendizagem Social, da Teoria Cognitivo Comportamental e do Esquema de Gênero e a Psicanálise”<sup>186</sup>.

A Teoria da Aprendizagem ressalta o papel do reforço direto e da influência para modelar as atitudes infantis de papel sexual: “Verificar-se-ia tal processo através da construção de concepções precisas de gênero nas crianças, ou seja, da edificação de sentimentos que as levassem a se identificar mais com o masculino ou com o feminino”<sup>187</sup>.

Nesse caso,

O comportamento dependeria “do mundo simbólico interno, da capacidade de previsão das consequências do comportamento e de um sistema autorregulatório que abarca um sistema autorrecompensador e um sistema autopunitivo”<sup>188</sup>.

Resumidamente, a Teoria Cognitiva Comportamental discorre sobre a relevância da constância de gênero para que a criança se sinta motivada a aprender a se comportar da maneira esperada ou apropriada para aquele gênero<sup>189</sup>. Já pela Teoria do Esquema de Gênero, o entendimento do gênero começa a se desenvolver

---

<sup>184</sup>MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revista/texto/2764>>. Acesso em: 30 set. 2012.

<sup>185</sup>JUNIOR, 2005. op.cit., p.95.

<sup>186</sup>Ibidem.

<sup>187</sup>JUNIOR, 2005. op.cit., p.96.

<sup>188</sup>Ibidem.

<sup>189</sup>ROSA, Jorge, et.al. **Psicologia e educação: o significado do aprender**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

na criança, no momento em que ela percebe as diferenças comportamentais entre homem e a mulher<sup>190</sup>. E, para a Teoria Psicanalítica, as crianças interiorizam características da personalidade masculina ou feminina desse progenitor e adotam muitos de seus valores e características<sup>191</sup>. “A dinâmica da imitação, no enfoque da psicanálise, ocorre através de simbologias, com base no desempenho equilibrado dos papéis de gênero”<sup>192</sup>.

Desse modo, na compreensão de Júnior, “a identidade sexual está sendo constantemente rearranjada, desestabilizada e desfeita, pelas complexidades da experiência”<sup>193</sup>. Assim, o comportamento e a afetividade dos pais não interferem na constituição básica da sua orientação sexual, segundo o autor:

(...) enquanto realidade estrutural psíquica e complexa de desejos ininterruptos, pois que esse traço psicológico depende da conjugação de fatores ainda não totalmente explicitados cientificamente, em meio aos quais a dinâmica intersubjetiva dos genitores-educadores pode se apresentar somente como uma das causas somatórias<sup>194</sup>.

Outro aspecto abordado referente à viabilidade psicológica da educação pelo par homossexual é a possibilidade do adotado ser alvo de tratamentos humilhantes, seja na escola, ou junto a amigos e vizinhos, podendo ocasionar problemas de interação social<sup>195</sup>.

Neste sentido, Brandão<sup>196</sup> salienta que geralmente quem participa de uma minoria pode passar por preconceitos, mas isso vai sendo amenizado com a crescente aceitação da sociedade, bem como o amparo psicológico das crianças e adolescentes adotados por homossexuais. Ter dois pais, ou duas mães, é um dos exemplos que pode ser alvo de preconceito, por mais que, neste caso, estão sendo violados os artigos 17 e 18 do ECA:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais;

---

<sup>190</sup>Ibidem.

<sup>191</sup>ROSA, op. cit.

<sup>192</sup>FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e Constituição Federal. *Revistas Bras. de Direito de Família*. Porto Alegre, n.15, v.4, out./dez., 2002, p.131.

<sup>193</sup>JUNIOR, 2005. op.cit., p.95.

<sup>194</sup>Ibidem.

<sup>195</sup>DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**. In: DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.124.

<sup>196</sup>BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais - aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.98.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor<sup>197</sup>.

Sobre isso, Mendonça explica que na época quando os divórcios cresceram expressivamente, até 1970, os filhos de pais divorciados também sofreram forte discriminação, sendo até impedidos de se matricular em certas escolas. Porém, nem por isso os pais eram impedidos de por fim aos seus casamentos, tanto que, atualmente, a separação conjugal é tão comum no Brasil e o preconceito contra os filhos dos casais separados é bem menor que anteriormente<sup>198</sup>.

Ainda, como salienta o autor,

A maioria das crianças sofrerá alguma sorte de preconceito na vida. Negar a adoção desses menores por homossexuais para que não sofram preconceito na vida social é impedir, muitas vezes, que eles venham a ter uma vida social<sup>199</sup>.

Diante disso, Dias<sup>200</sup> comenta que a educação dos filhos pode ser influenciada pelos pais homossexuais, assim como em qualquer outra constituição familiar, mas, essencialmente, pelo carinho, amor, afeto, pelo lar, e não tanto pelo gênero masculino ou feminino predominante. Por isso, é fundamental direcionar as crianças e adolescentes adotados para que aprendam a lidar com os preconceitos a serem enfrentados. Inclusive, para melhor enfrentar esses problemas, é interessante que haja um acompanhamento psicológico específico para os filhos adotados por pares homossexuais.

Ainda neste posicionamento, Weber salienta que ao analisar um estudo sobre diversos casos de adoção por homens e mulheres homossexuais, conclui-se que “a saúde mental e a felicidade individual está na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida”<sup>201</sup>. Assim, o que realmente importa é como a família vive e não a sua composição.

---

<sup>197</sup>DIGIÁCOMO, 2010, op.cit., p.20.

<sup>198</sup>MENDONÇA, Martha. **Quando a separação não é um trauma**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca>>. Acesso em: 25 set. 2012.

<sup>199</sup>Ibidem.

<sup>200</sup>DIAS, Maria Berenice. Uniões homoafetivas: Uma realidade que o Brasil insiste em não ver. **Revista do Ministério Público-Alagoas**, n.7, Maceió: Universidade Federal de Alagoas, Centro de Ciências Jurídicas, jan./jun. 2002, p.108.

<sup>201</sup>WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 51.

Weber destaca ainda que “tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a autoestima, desenvolvimento social e pessoal das crianças, são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional”<sup>202</sup>.

Para Silva Júnior, “[...] os filhos de pais homossexuais são tão bem equilibrados social e psicologicamente quanto os filhos de pais heterossexuais”<sup>203</sup>.

Nas palavras desse autor:

Desse modo, bem ajustados os papéis de gênero e, de forma saudável, vivenciada a afetividade na união homossexual, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando – sob o prisma, inclusive, da orientação afetivo-sexual –, pois os referenciais pai e mãe são representações simbólico-comportamentais de gênero que não se exaurem no corpo físico, enquanto sexo biológico. **Todas as pessoas, a priori, são capazes de desempenhar, com eficiência, as papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou com outro**<sup>204</sup>.

Percebe-se que a educação dos filhos adotivos de casais homossexuais não é um fator que possa impedir que estes sejam adotados e fazer parte de uma família, seja ela constituída somente por homens, ou por mulheres. Conclui-se que importa é fazer com que o filho adotado por esta categoria de pais saiba lidar com o preconceito, de maneira que isso não venha a influenciar negativamente no seu desenvolvimento educacional.

### **3.3.4 A Viabilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais no Estado Democrático de Direito**

Com base em tudo o que foi até aqui estudado, pode-se afirmar a viabilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, eis que se encontra intimamente ligada ao objetivo de atender aos princípios da justiça social e do melhor interesse de crianças e adolescentes, que são princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Para isso, nota-se que o legislador vem se posicionando a favor de adoções

---

<sup>202</sup>Ibidem.

<sup>203</sup>SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.125.

<sup>204</sup>Idem, p.115, grifo nosso.

por homossexuais, principalmente, com base na aplicação do princípio da igualdade<sup>205</sup>, segundo artigo 5º Constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]<sup>206</sup>.

Dias complementa ainda que,

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral. Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes<sup>207</sup>.

Do mesmo modo, assim como o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana implica assegurar proteção ao indivíduo em sua formação de convívio, indiferente de sua orientação sexual. Ou seja, o direcionamento afetivo de todos os seres humanos (sejam bissexuais, heterossexuais ou homossexuais) encontra, nos princípios da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, as vigas de sustentação inabaláveis sob o prisma jurídico<sup>208</sup>.

Inclusive, segundo Loréa, não há evidências científicas de que a ordem social viável seja somente por meio de casal heterossexual, mas, ao contrário, a diversidade de famílias pode contribuir para sociedades mais humanitárias:

A Associação Americana de Antropologia já se manifestou no sentido de que pesquisas sobre unidades domésticas, relações de parentesco e família em diferentes culturas e períodos, não fornecem qualquer evidência científica que possa embasar a ideia de que a civilização ou qualquer ordem social viável dependa do casamento como uma instituição exclusivamente heterossexual, explicando que um imenso leque de tipos de famílias, incluindo as baseadas em parcerias homoafetivas pode contribuir na promoção de sociedades mais estáveis e humanitárias, o que nos permite

<sup>205</sup>DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.4.

<sup>206</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. A Constituição Federal comentada pelo STF, digitalizada e distribuída gratuitamente. Disponível em: <www.E-Book-Gratuito.Blogspot.Com>. Acesso em: 18 jul. 2012.

<sup>207</sup>DIAS, Maria Berenice. União Estável homoafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano 5, n. 20, out-nov, 2003. p.66.

<sup>208</sup>DIAS, 2001, op.cit. p.81.

valorizar a alteridade, abolindo rótulos e estigmatizações. Assim, não há razão para que se dê tratamento diverso à família homoparental, vez que inexistem fundamentos para que se pense a homoparentalidade como prejudicial, em si mesma, à formação da prole<sup>209</sup>.

Outro ponto utilizado como base para decisões de adoções por pares homossexuais é o realismo jurídico<sup>210</sup> procurando enquadrar o direito à realidade social, especialmente, pela constituição de novos modelos de famílias. Assim, na prática do poder-dever da sentença, os juízes têm se utilizado de analogia, partindo de uma interpretação sociológica, uma vez que ela possui como foco conformar a finalidade normativa às exigências da sociedade<sup>211</sup>.

Como salienta Fugie: “os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade [...], sendo que o Judiciário tem se mostrado favorável à consideração dos relacionamentos homossexuais como uniões estáveis”<sup>212</sup>. Ou, como discorre Dias, enquanto não surgir uma norma que regule a relação homossexual, “é de se aplicar a legislação pertinente aos vínculos familiares e, sobretudo, à união estável, que, por analogia, é perfeitamente, aplicável”<sup>213</sup>.

Uma decisão importante sobre a aceitação da nova realidade social, principalmente, pela formação de famílias com pares do mesmo sexo e o processo de adoção, foi demonstrado pela Apelação Civil 70013801592, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo

<sup>209</sup> LOREA, Roberto Arriada. **O amor de Pedro por João à luz do Direito de Família**: reflexões sobre o casamento gay. Revista Brasileira de Direito de Família, ano 7, n. 31, ago-set, 2005. p. 3.

<sup>210</sup> O realismo jurídico sustenta que, para entender a natureza e funcionamento do Direito, deve-se realizar uma investigação empírica das atividades dos operadores do Direito. Para eles, as regras jurídicas não desempenham papel crucial nas decisões jurídicas. Características do Realismo Jurídico: correntes que afastam de qualquer investigação filosófica metafísica ou ideológica; negam todo fundamento absoluto à ideia de Direito; busca a realidade efetiva sobre a qual se apoia o direito, e não o ideal; consideram apenas a realidade jurídica; direito efetivamente existente ou fatos sociais e históricos que lhe originaram; o direito real e efetivo é o declarado pelo juiz ao tratar do caso concreto (STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Realismo Jurídico. R. CEJ, Brasília, n. 17, p. 120-124, abr./jun. 2002, p. 123).

<sup>211</sup> FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e Constituição Federal. **Revistas Bras. de Direito de Família**. Porto Alegre, n.15, v.4, out./dez., 2002.

<sup>212</sup> Idem, p.131.

<sup>213</sup> DIAS, 2001, op.cit., p.4.

e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME<sup>214</sup>.

Interessante a argumentação destacada nessa Apelação ao reportar no sentido que seria hora de “[...] abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica”, procurando fazer com que se adote uma postura prioritária já assegurada, pelo artigo 227 da Constituição Federal, que é o direito às crianças de adolescentes como segue:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>215</sup>.

Neste sentido, Dias<sup>216</sup> comenta que nada poderia afetar de a criança ser criada por casais homossexuais, sendo que o preconceito da adoção aos pares homoafetivos só ajuda para aumentar a marginalização dessas relações de família, bem como para o aumento do abandono de crianças.

Cabe aqui fazer uma maior referência a um dos princípios fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente: o do melhor interesse da criança.

Segundo Gonçalves<sup>217</sup>, o melhor interesse da criança não se encontra expresso na CF ou no ECA, com princípio geral, mas especialistas salientam que ele é ligado à doutrina da proteção integral (CF, art. 227, caput, e ECA, art. 1º ao 10º), “da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como

---

<sup>214</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006. Negaram Provimento. Unânime (Segredo de Justiça). Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/docs/JURIS/ADO%C7%C3O-70013801592.HTM](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JURIS/ADO%C7%C3O-70013801592.HTM)>. Acesso em: 6 out. 2012.

<sup>215</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Constituição Federal comentada pelo STF, digitalizada e distribuída gratuitamente. Disponível em: <[www.E-Book-Gratuito.Blogspot.Com](http://www.E-Book-Gratuito.Blogspot.Com)>. Acesso em: 18 jul. 2012

<sup>216</sup>DIAS, 2001. op.cit.

<sup>217</sup>GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_23385195...](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195...)>. Acesso em: 15 out. 2012.

cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes”<sup>218</sup>.

O princípio do melhor interesse abrange todas as relações jurídicas ligadas aos direitos das crianças e adolescentes. Dessa forma, “perde sentido a limitação própria do Código de Menores, que se aplicava somente às hipóteses de situação irregular”<sup>219</sup>. Como ressalta Gonçalves, “de fato, o art. 1º, do ECA, estabelece a proteção integral à criança e ao adolescente, a quem são assegurados todos os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 3º)”<sup>220</sup>, indiferente da sua situação familiar. Além disso, o artigo 1º do ECA define como criança e adolescente, todo o ser humano menor de 18 anos de idade, sem discriminação de qualquer tipo (art. 2º do ECA).

Esses dispositivos estão alinhados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, justamente para evitar discriminação em “situações de igualdade substancial, caracterizadas em relação a todos os que possuem menos de 18 anos, na hipótese em que o discriminem estiver fundado exclusivamente na idade”<sup>221</sup>.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente privilegia a criança como sujeito, inclusive, sobre poder familiar:

A extensão do princípio do melhor interesse a toda criança e adolescente, outrossim, resulta de uma mudança da própria concepção de família como ambiente voltado ao desenvolvimento de seus membros, que privilegia a criança como sujeito, com repercussões inclusive sobre o poder familiar. Tal poder, dentro da nova família, orienta-se pelos interesses fundamentais dos filhos, vislumbrando-se uma mudança quanto ao foco: dos interesses dos agentes do poder, para os interesses de seus destinatários<sup>222</sup>.

Em função disso, o poder familiar passa a ser entendido como a possibilidade de os pais interferirem na esfera jurídica dos filhos, não no interesse deles próprios, enquanto titulares do poder, mas no interesse dos filhos. Ou seja,

O poder familiar limita-se pelo benefício do filho, possuindo, na verdade, natureza jurídica de verdadeira função, ou seja, de um poder vinculado a

---

<sup>218</sup>Ibidem.

<sup>219</sup>Idem.

<sup>220</sup>Idem. Ibidem.

<sup>221</sup>Ibidem.

<sup>222</sup>GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.** Disponível em:<  
[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_23385195...>](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195...>). Acesso em: 15 out. 2012.

uma finalidade específica; somente merecendo tutela se exercido, não como um direito subjetivo, mas como um múnus privado, visando ao melhor interesse dos filhos, na perspectiva de sua futura independência como pessoa<sup>223</sup>.

Neste contexto, Fachin<sup>224</sup> comenta que, nas relações entre pais e filhos, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental no Direito de Família após a Constituição Federal de 1988, sendo que o ECA assumiu esse lugar, pela concretização dos princípios e na execução das linhas mestras fixadas pela Lei Maior.

Como exemplo de aplicação do princípio do melhor interesse de pessoas com menos de 18 anos, Gonçalves cita o artigo 1621 do Código Civil: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”<sup>225</sup>.

Diante disso, conclui que “o princípio do melhor interesse alcança todas as crianças e adolescentes, em consequência da dignidade inerente à sua condição de pessoa em desenvolvimento, quer estejam inseridos em família natural, ou substituta, ou não”<sup>226</sup>.

Cabe aqui trazer uma decisão inédita que beneficiou um casal homoafetivo de Gravataí - RS, após adoção de menor, pois a previdência concedeu salário-maternidade a um homem.

Conforme reportagem publicada no Jornal Zero Hora<sup>227</sup>, após dois anos de batalha na justiça, Lucimar Quadros da Silva, que mora em Gravataí junto ao companheiro Rafael Gerhardt e o filho João Vitor, será o primeiro homem a receber o salário-maternidade, ou paternidade, durante 120 dias. A decisão que tomou por base a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, foi anunciada na manhã de 28 de agosto de 2012, pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), informa ainda o seguinte:

<sup>223</sup>Ibidem.

<sup>224</sup>Apud GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_23385195...](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195...)>. Acesso em: 15 out. 2012.

<sup>225</sup>GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_23385195...](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195...)>. Acesso em: 15 out. 2012

<sup>226</sup>Ibidem.

<sup>227</sup>MEDEIROS, Luísa. Previdência concede salário-maternidade a um homem. **Jornal Zero Hora**, 29 de ago.. 2012. Disponível em: < [zerohora.clicrbs.com.br/rs/.../previdencia-concede-salario-maternidade-a-um-homem-3868471.html](http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/.../previdencia-concede-salario-maternidade-a-um-homem-3868471.html)>. Acesso em: 15 out. 2012.

Após extrapolar o âmbito estadual, o pedido dos pais adotantes foi aceito em Brasília, em um julgamento por videoconferência. As quatro conselheiras que participaram do processo votaram pelo direito dos pais receberem o benefício. Silva ficará quatro meses em casa, com as atenções e carinhos voltados para o filho de dois anos. Apesar do atraso, os pais, que estão juntos há 17 anos, não escondem a empolgação<sup>228</sup>.

A reportagem refere ainda que segundo a presidente da 1ª Câmara de Julgamento do CRPS, Ana Cristina Evangelista (presidiu o julgamento) “a decisão foi um grande avanço tanto para a área administrativa quanto para a previdenciária”<sup>229</sup>. Isto porque o salário-maternidade é pago só a mulher depois do nascimento ou da adoção da criança. Além disso, a referida presidente na entrevista salienta que “Não poderíamos negar um direito que existe de fato, por causa de uma questão semântica (*na legislação, consta que a beneficiária tem direito ao salário*)”<sup>230</sup>.

Neste cenário, importante destacar algumas palavras do pai frente à questão em análise demonstrando a preocupação e o cuidado em relação ao filho adotado:

Logo após a adoção, comuniquei ao Bannisul, onde trabalho, que queria a licença prolongada, para poder ficar mais tempo com o João, antes de colocá-lo na escola. Precisávamos de um documento do INSS e entramos com o processo em outubro de 2010. Já de início, o pedido foi negado, com a justificativa de que era uma decisão sem precedentes. Recorremos da decisão e participamos de diversas audiências, até que o caso foi levado à Brasília[...] toda a criança tem o direito a ter um cuidado mais próximo dos pais no início da vida. Faz parte da adaptação ao novo ambiente, à família. Esse direito foi negado ao João e, com 15 dias, ele já teve de ir à escolinha”.

Por tudo isso, reforça-se o pensamento de Lamadrid de que é preciso haver maior mobilização para se discutir os limites da faculdade regulamentadora do Estado em relação à família. Isso porque “a proibição do matrimônio homossexual e de adoção por pares homossexuais, enquanto composição familiar, contraria o princípio constitucional, que proíbe a discriminação por razão de gênero e preferências sexuais”<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup>MEDEIROS, Luísa. Previdência concede salário-maternidade a um homem. **Jornal Zero Hora**, 29 de ago.. 2012. Disponível em: < [zerohora.clicrbs.com.br/rs/.../previdencia-concede-salario-maternidade-a-um-homem-3868471.html](http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/.../previdencia-concede-salario-maternidade-a-um-homem-3868471.html)>. Acesso em: 15 out. 2012.

<sup>229</sup>Ibidem.

<sup>230</sup>Idem. Ibidem.

<sup>231</sup>LAMADRID, Miguel Angel Soto. **Entrevista: O direito de família na América Latina**. Boletim IBDFAM, n. 41, ano 6, nov-dez, 2006, p.3.

Diante das colocações dos autores, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito precisa, cada vez mais, entender que família real é àquela que cativa o afeto por meio da convivência familiar constante, indiferente de padrões e preconceitos. A legislação necessita expressar as particularidades de cada grupo familiar para garantir, assim, o sentido da pluralidade assegurada constitucionalmente. Além disso, o Direito deve agir sob o prisma do princípio do melhor interesse, direcionando, crianças e adolescentes adotados, a um convívio familiar com base no amor, cuidado, dedicação e afeto, indiferente da orientação sexual da família, que se prontificou a dar um lar ao menor. É para isso que serve o Direito, para dar esta garantia a todos sem nenhum tipo de discriminação; buscar a felicidade e a igualdade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou a busca incessante pelo direito de igualdade e de respeito à dignidade humana. Isso é possível através da evolução das normas sociais e morais com base nos direitos e nos princípios constitucionais, de maneira que se garantam os direitos dos pares homoafetivos, bem como os das crianças e adolescentes, especialmente, em relação a constituir e pertencer a uma família.

Nessa evolução das normas sociais e morais, observa-se que, num primeiro momento, o comando familiar era da mulher (matriarcal). No modelo matriarcal, a mulher tinha o controle das funções do lar e o marido era o responsável somente por plantar e colher os alimentos necessários à família.

Mas esse modelo matriarcal foi sendo modificado gradativamente pela história, cedendo o comando para o homem na família (patriarcal). O modelo patriarcal, núcleo da organização familiar, nasceu mais por conta de um fator econômico, uma visão mais materialista e consumista, diferentemente do período em que a mulher era o centro da família. No entanto, atualmente, luta-se pela afirmação da família constituída a partir do reconhecimento da pluralidade e diversidade social que, baseada no afeto, possa garantir a plena realização e desenvolvimento da pessoa humana.

Diante da pesquisa realizada, destaca-se que o reconhecimento da relação homoafetiva abriu as portas para o novo conceito de família, não fazendo sentido, assim, existir razão para uma suposta exclusão destes casais, principalmente, nos processos de adoção. Ainda, que é o momento de abandonar de vez os preconceitos e adotar posturas firmes, que mostrem o que de fato é importante: maior interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se pode ver, então, a adoção não deve se restritiva quanto aos sujeitos da composição familiar e sim, o que vale é a relação de afeto, respeito e amor de ambas as partes (adotados e adotantes), necessárias para o melhor desenvolvimento e realização de todos os integrantes da família. Conclui-se que o nosso sistema jurídico precisa regular a adoção por casais homoafetivos, já que a jurisprudência tem apontado favoravelmente neste sentido.

## REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai. 2005.

BITENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção**: do abandono à garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: <[http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos \[...\]](http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos [...])>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais** - aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. A Constituição Federal comentada pelo STF, digitalizada e distribuída gratuitamente. Disponível em: <[www.E-Book-Gratuito.Blogspot.Com](http://www.E-Book-Gratuito.Blogspot.Com)>. Acesso em: 18 jul. 2012.

BRASIL. **Lei n. 11.340**, de 7 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70013801592**. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006. Negaram Provento. Unânime (Segredo de Justiça). Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/docs/JURIS/ADO%C7%C3O-70013801592.HTM](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JURIS/ADO%C7%C3O-70013801592.HTM)>. Acesso em: 6 out. 2012.

CAHALI, Yussef Said (org.). **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva. In: DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. União Estável homoafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano 5, n. 20, out-nov, 2003.

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

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual - Aspectos sociais e jurídicos. In: **Revista Brasileira de Direito de Família** n. 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Unões homoafetivas: Uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. **Revista do Ministério Público-Alagoas**, n.7, Maceió: Universidade Federal de Alagoas, Centro de Ciências Jurídicas, jan./jun. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná/Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCAMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Atual. até a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Curitiba: MPSP, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena, et.al. BRASIL. **Novo Código Civil Comentado**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

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

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 23 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

FERREIRA, M. R. P.; CARVALHO, S. R. **1º guia de adoção de crianças e adolescentes no Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções**. São Paulo: Winners, 2002.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção – Lei 12.010 de 2009**. Curitiba: Juruá, 2009.

- FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e Constituição Federal. **Revistas Bras. de Direito de Família**. Porto Alegre, n.15, v.4, out./dez., 2002, pp.131-150.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Partilha: A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- GIUSTO, Eliana. **Adoção por pares homossexuais: sim ou não? quem sabe?**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=98>>. Acesso em 01 out. 2012.
- GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_23385195...](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195...)>. Acesso em: 15 out. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2006.
- JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.
- LAMADRID, Miguel Angel Soto. Entrevista: **O direito de família na América Latina**. Boletim IBDFAM, n. 41, ano 6, nov-dez, 2006.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOREA, Roberto Arriada. O amor de Pedro por João à luz do Direito de Família: reflexões sobre o casamento gay. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano 7, n. 31, ago-set, 2005. p.31-38.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2764>>. Acesso em: 30 set. 2012.
- MEDEIROS, Luísa. Previdência concede salário-maternidade a um homem. **Jornal Zero Hora**, 29 de ago.. 2012. Disponível em:

<zerohora.clicrbs.com.br/rs/.../previdencia-concede-salario-maternidade-a-um-homem-3868471.html>. Acesso em: 15 out. 2012.

MENDONÇA, Martha. **Quando a separação não é um trauma**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca>>. Acesso em: 25 set. 2012.

MONTE, Hávilla Fernanda Araújo do; OLIVEIRA, Thaís Freitas de. **Adoção por casais homoafetivos**. Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19993/adocao-por-casais-homoafetivos/print/>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/supremo+reconhece+uniao+estavel+homoafetiva/n1300151572835.html>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

NEUMANN, Juarez Rosales. **Do Casamento ao Concubinato: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Prática**. 2.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

OLIVEIRA, Silvério. Diferenças entre homossexualismo e homossexual. **Revista SEFLU** - Rio de Janeiro: Faculdade de Ciências Médicas e Paramédicas Fluminense, ano 1, nº 2, dezembro 2001. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/vyaestelar/homossexualidade.htm>>. Acesso em: 15 out. 2012 .

PEDROSA, Helena Rodrigues Vaz. A adoção por pares homoafetivos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2994, 12 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19975>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey: 2006.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2006.

QUARESMA, Regina. et.al. **Direito Constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. In: AZEVEDO, Plauto Faraco de (Ed.). **Direito e Democracia**. Revista de Ciências Jurídicas. ULBRA. vol. 2, n. 2 - 2º semestre de 2001

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

ROSA, Jorge, et.al. **Psicologia e educação: o significado do aprender**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**. Revista Trimestral de Direito Civil. v.32. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

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

STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. **Realismo Jurídico. R. CEJ**, Brasília, n. 17, p. 120-124, abr./jun. 2002.

VECCHIATTO, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.