

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Júlia Rodrigues da Conceição

A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO SOB A
ÓTICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

PORTO ALEGRE

2013

JÚLIA RODRIGUES DA CONCEIÇÃO

**A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO SOB
A ÓTICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Domingos Sávio Dresch da Silveira

PORTO ALEGRE

2013

JÚLIA RODRIGUES DA CONCEIÇÃO

**A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO SOB
A ÓTICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Prof. Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof. Sérgio Viana Severo

*Aos meus pais, que me ensinaram que a determinação e o amor
podem ultrapassar qualquer obstáculo. Para mim, é uma
honra e um privilégio tê-los aos meu lado.*

*O medo é um preconceito dos nervos.
E um preconceito, desfaz-se - basta a simples reflexão.
Machado de Assis*

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	
1. PRINCÍPIOS NORTEADORES	13
1.1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS	14
1.1.1.Princípio da dignidade da pessoa humana	14
1.1.2.Princípio da igualdade	18
1.1.3.Princípio da afetividade	21
1.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	24
1.2.1.Princípio da proteção integral	24
1.2.2.Princípio da prioridade absoluta	27
2. A ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	29
2.1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	29
2.2. CONCEITO DE ADOÇÃO	33
2.3. ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	34
2.3.1. Características essenciais	34
2.3.1.1. Excepcionalidade.....	34
2.3.1.2. Irrevogabilidade.....	36
2.3.1.3. Plenitude	38
2.3.2. Requisitos	39
2.3.2.1. Idade	39
2.3.2.2. Consentimento	40
2.3.2.3. Estágio de convivência	42
2.3.3. Legitimidade	43
2.3.3.1. Considerações gerais	43
2.3.3.2. Impedimento parcial	44
2.3.3.3. Impedimento total.....	45
3. A ADOÇÃO HOMOAFETIVA	47
3.2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	49
3.3. A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS VERSUS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.....	51
3.4. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA.....	61
CONCLUSÃO	70

RESUMO

O conceito de família sofreu inúmeras mudanças nas últimas décadas, ocorrendo o surgimento de diferentes tipos de famílias, inclusive da família formada por casais homossexuais. Embora no plano jurisprudencial tenha havido avanços na conquista do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar e do seu direito à adoção, o Poder Legislativo segue omissivo frente à realidade social que se impõe. Diante dessa inércia, excluem-se da tutela jurídica os maiores interessados: os adotandos. O presente trabalho tem por escopo discutir a possibilidade da adoção homoafetiva no sistema jurídico brasileiro sob o viés dos direitos da criança e do adolescente. Analisa os princípios essenciais a esse debate jurídico: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da afetividade, princípio da proteção integral e princípio da prioridade absoluta. Apresenta o conceito e as características do instituto da adoção sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), realizando uma digressão histórico-legislativa sobre a evolução de tal instituto no Brasil, bem como explicando seus principais requisitos e impedimentos. Ao final, esclarece algumas questões terminológicas pertinentes, aborda os argumentos favoráveis e contrários à adoção homoafetiva e examina a evolução jurisprudencial relativa ao tema. Conclui que denegar o direito de adoção a casais homoafetivos significa, além de negar um fato social existente, subtrair direitos dos menores adotandos, ferindo o sistema jurídico constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente.

Palavras-chave: Família. Direitos da criança e do adolescente. Adoção. Possibilidade da adoção homoafetiva.

ABSTRACT

The concept of family has undergone numerous changes in recent decades, affecting the appearance of different types of families, including the families formed by gay couples. Although in the jurisprudential plan progress has been made in gaining recognition of homosexual unions as a family and their right to adoption, the Legislature remains silent in the face of follows silent front to the social reality that is imposed. Due to this inertia are excluded from legal protection the major stakeholders: the adopted. This work has the purpose to discuss the possibility of adopting by homosexuals in the Brazilian legal system under the bias of children's and adolescents' rights. Analyzes the principles of this legal debate: the principle of human dignity, the principle of equality, the principle of affection, the principle of full protection and the principle of absolute priority. Introduces the concept and characteristics of the adoption institute under the aegis of the Statute of Children and Adolescents (Law nº 8.069/1990), making a tour of the historical and legislative developments of the institute in Brazil, as well as explaining its main requirements and impediments. At the end, clarifies some relevant terminology issues, discusses the arguments for and against the adoption by gay couples and jurisprudential developments on the subject. Concludes that denying the right of homosexual couples to adopt means, in addition to denying an existing social fact, subtracting rights of minors adopted, injuring the constitutional legal system of full protection of children and adolescents.

Keywords: Family. Children and adolescents' Law. Adoption. Homosexual adoption's possibility.

INTRODUÇÃO

Indiscutível é a mudança sofrida pelo conceito de família no sistema jurídico brasileiro nas últimas décadas. A família, antes vista como entidade de funções religiosa, econômica e de mera procriação, baseada em uma estrutura patriarcal em que possuía o homem prevalência sobre a mulher e os filhos, assenta hoje sobre a solidariedade¹ e a igualdade² de direitos e deveres.

A constante emancipação da mulher e a diminuição do número médio de filhos por casal são alguns dos fatores que fizeram com que as funções antes atribuídas ao instituto familiar fossem desmentidas. O conceito atual de família está baseado na prevalência de outro princípio: o da afetividade. Haverá família onde houver pessoas ligadas pelo afeto e pelo respeito mútuo.³ Prova disso foi a promulgação da Lei do Divórcio, em 1977,⁴ que rompeu com a ideia sacramental do casamento e permitiu a formação de novas famílias entre pessoas de fato ligadas pelo vínculo afetivo.

Como explica Pontes de Miranda, o termo *família* aparece na Constituição Federal de 1988 “para se dizer que a ‘família’, enquanto base da sociedade, constituída pelo casamento de vínculo dissolúvel, está sob especial proteção do Estado”, cabendo notar, no entanto, que “não é a algo de concreto que se refere o texto constitucional, e sim à instituição social da família, ou da entidade familiar”.⁵ De fato, com o surgimento da ideia de Estado Social, o instituto da família passou a ser de grande preocupação para o Estado, não só em sua forma matrimonial tradicional, como também nas demais formas sociais em que se manifesta.

O advento da CF/88 gerou profunda transformação de valores, ressaltando caber ao Estado tutelar todas as diversas formas de entidade familiar, tendo os interesses pessoais e o vínculo afetivo primazia sobre os interesses patrimoniais e o vínculo unicamente biológico, consumando a igualdade entre os gêneros e os filhos. Nesse sentido, também o Código Civil

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

² *Ibidem*, *loc. cit.*

³ DIAS, Maria Berenice. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza *et al.* **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99.

⁴ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**: Direito Matrimonial. 1. ed. vol. 1. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 59-60.

de 2002 proibiu qualquer tipo de discriminação entre os filhos provenientes do matrimônio, os filhos tidos fora dessa relação conjugal e os filhos adotivos.⁶

O texto da Carta Magna aponta para uma compreensão da família como ente “aberto e plural, [...] não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária”,⁷ tendo como principal elemento distintivo o vínculo emocional existente entre seus integrantes, o elo de afeto e cooperação que une aqueles que compõem a entidade familiar.

Diante de tamanhas transformações culturais e sociais, diversas formas familiares passaram a coexistir com a família tradicional matrimonial – entre elas, a família formada por pares homossexuais. Em relação a estas, tem havido, principalmente no âmbito do Poder Judiciário, decisões paradigmáticas e de forte cunho igualitário, que buscam sanar a omissão legislativa existente há já muitos anos. Nesse sentido, cumpre destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, bem como no da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132,⁸ em que foi unanimemente reconhecida a condição da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-se a essa relação todos os direitos e deveres decorrentes da união estável.

Tais avanços, contudo, ainda são insuficientes para abarcar toda a problemática imanente a essa forma de entidade familiar. Ainda prescindem de maior análise por parte não só das casas legislativas, mas também dos tribunais superiores, questões como o direito de visita, de guarda, de tutela e de adoção por casais homoafetivos. É sobre este último direito, o da adoção por casais homoafetivos, que irá debruçar-se o presente trabalho.

Por óbvio, tal tema poderia ser amplamente tratado sob o viés dos direitos dos homossexuais, uma vez que conjugam a abolição da discriminação em virtude da orientação sexual e a superação dos argumentos preconceituosos nesse tocante, buscando orientar-se pelos valores e princípios constitucionalmente preconizados. Não obstante, o presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos no sistema jurídico brasileiro, explorando o assunto sob a ótica da filiação. Isso porque o que

⁶ BRASIL. **Código Civil**. “Art. 1.596: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunais de Justiça do Estado e Outros. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 22 out. 2013.

se quer deixar claro é que, com a estigmatização daqueles que escolhem uma orientação sexual diferente dos padrões amplamente aceitos pela sociedade, acaba-se excluindo do âmbito do direito justamente quem deveria receber proteção integral: a criança envolvida.

Nesse diapasão, leciona Maria Berenice Dias que

Ao se arrostar tal realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança ou o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui. Caberia questionar se, ao menos, não é invocável a filiação socioafetiva, instituto que, cada vez mais, é reconhecido como gerador de vínculo parental. Diante de todas essas similitudes, não há como não visualizar a presença da filiação que tem origem na afetividade. Impor eventuais limitações em face da orientação sexual dos pais acarreta injustificável prejuízo e afronta a própria finalidade protetiva a quem a Constituição outorga especial atenção.⁹

Diz a Constituição, em seu artigo 227,¹⁰ que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, entre outros direitos, o direito à dignidade, mantendo-a a salvo de qualquer forma de negligência e discriminação. Diferentemente da estrutura patriarcal, em que eram os filhos vistos como objetos de direito, a Constituição de 1988, inspirada na legislação internacional,¹¹ valorizou a criança e o adolescente. Estes deixaram de ser objetos para ser sujeitos de direitos, tendo garantidos não só os mesmos direitos gozados pelos adultos, como também direitos específicos, em vista das peculiaridades de sua situação de desenvolvimento.¹²

Diante da problemática que se apresenta, resta ainda fazer uma constatação: há diversas crianças e adolescentes convivendo com casais homoafetivos, razão pela qual não

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%27%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2013.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227, *caput*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

¹¹ Foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, já em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, segundo a qual, em seu princípio X, “a criança deve ser protegida contra as práticas que possam fomentar a discriminação racial, religiosa, ou de qualquer outra índole. Deve ser educada dentro de um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universais e com plena consciência de que deve consagrar suas energias e aptidões ao serviço de seus semelhantes”. Posteriormente, em 1989, foi promulgada a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

¹² LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito brasileiro. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 526-528.

pode o Direito continuar ignorando essa realidade, sob pena de, com a ausência do reconhecimento jurídico, prolongar a desigualdade e o preconceito. Por isso, torna-se imperioso o estudo aprofundado do tema.

Para que se entenda melhor a matéria, é imprescindível refletir acerca de certos princípios essenciais a qualquer debate jurídico, princípios esses que irradiam sua força sobre o ordenamento brasileiro como um todo e que influenciam de maneira direta as transformações sentidas nas relações *interprivadas*. Não há como estabelecer uma leitura correta do Direito vigente sem lançar-se mão de uma interpretação axiológica, considerando os direitos garantidos às crianças e aos adolescentes à luz de princípios de máxima importância, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o princípio da afetividade, tendo em linha de conta que um entendimento que fere o que há de basilar em qualquer Estado que se diz democrático será, na verdade, uma violação de direitos.

Ainda, para uma melhor compreensão da condição peculiar em que se encontra o público infante-juvenil, será feita uma análise dos princípios específicos garantidos aos menores no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que receberão sempre cuidado especial e proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, devendo as decisões que lhes dizem respeito atender indispensavelmente a seu melhor interesse. Estes e aqueles princípios serão abordados no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, far-se-á uma pequena digressão histórico-legislativa acerca do instituto da adoção no Brasil, desde as Ordenações até a atual regulamentação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, elucidando-se as principais características da adoção enquanto medida excepcional, irrevogável e plena, bem como os requisitos, a legitimidade (inclusive os impedimentos) e o cadastro nacional de adoção. Obviamente, para que se efetive a adoção, faz-se necessário que os adotantes cumpram todas as exigências, independentemente da orientação sexual dos habilitados. A compreensão de tais elementos é essencial para a análise da possibilidade da adoção homoafetiva no direito brasileiro, na medida em que se passa a perceber quais os critérios que qualificam o instituto da adoção como a busca de uma entidade familiar enlaçada pelo amor e pelo carinho para aqueles que se encontram em especial condição de desenvolvimento e vulnerabilidade.

Na terceira e última parte deste trabalho, será abordado especificamente o tema da adoção por casais homoafetivos, aclarando-se questões terminológicas pertinentes a fim de chegar-se a uma delimitação conceitual de adoção homoafetiva, explicando-se suas hipóteses

de configuração. Por certo, não há como lidar com uma matéria sem que haja preliminarmente a definição de balizas terminológicas centrais.

Em um segundo momento, adentrar-se-á o plano das argumentações teóricas utilizadas por aqueles que são favoráveis à possibilidade da adoção por casais homoafetivos, como também as empregadas pelos que lhe são contrários, contrastando-se as alegações feitas pelos doutrinadores a respeito da discussão aqui examinada. Como dito anteriormente, o presente trabalho tem por escopo analisar o tema da adoção homoafetiva sob o viés dos direitos da criança e do adolescente, preocupando-se em deixar demonstrados os reflexos de tais argumentações na esfera daqueles que sofrem preconceito por sua orientação sexual diversa, mas, sobretudo, na esfera dos que prescindem de proteção integral e de prioridade absoluta: os adotados. A grande polêmica sobre o assunto, na prática, deveria centrar-se apenas em uma questão: a adoção homoafetiva ofende os direitos da criança e do adolescente adotando? É ao que se busca aqui responder.

Posteriormente, examinar-se-á a evolução jurisprudencial brasileira no ponto em debate, averiguando-se o caminho das conquistas paulatinamente alcançadas na busca pelo reconhecimento da união formada por homossexuais enquanto entidade familiar, instituída pelo afeto e pelo interesse de comunhão de vidas, e, por consequência, o seu direito à adoção.

Quanto à metodologia adotada, embasar-se-á esta pesquisa principalmente em opiniões doutrinárias e na jurisprudência brasileira, analisando, com fundamento em um grupo de importantes autores e em decisões judiciais, os elementos essenciais a serem observados para que se possa chegar às respostas da problemática que se apresenta.

1. PRINCÍPIOS NORTEADORES

A evolução sofrida pelo conceito de família, resultante do declínio do patriarcalismo e do crescimento do papel das mulheres na sociedade, fez com que se rompessem definitivamente alguns velhos dogmas, como os da ilegitimidade dos filhos tidos fora da relação matrimonial, da superioridade do marido sobre a mulher na relação conjugal e do casamento como única forma legítima de constituir a entidade familiar.¹³

Todas essas transformações somente foram consolidadas a partir da promulgação da Constituição da República em 1988, que consagrou uma série de princípios fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, promovendo uma releitura não só das relações entre o indivíduo e o Estado, como também das relações dos indivíduos entre si, passando o Direito Civil por um processo de constitucionalização e despatrimonialização. Nesse contexto, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo P. Ruzyk, ao explicar o fenômeno, lançaram pertinente indagação:

O fundamento dos direitos se altera, a clivagem entre público e privado perde aquele sentido, o mito da igualdade formal é desvelado. Essa crise que implicou mudança profunda em elementos nucleares de uma dada noção de Direito produziu efeitos que atingiram também o Direito Civil – como, por exemplo, o fenômeno de sua constitucionalização. Uma questão que pode emergir dessa constatação versa sobre a dimensão estrutural dos diplomas legais disciplinadores do Direito Civil. A estrutura da codificação, herdada de um momento histórico em que público e privado apresentavam fronteiras que, pretendia-se, seriam absolutas, e no qual os direitos fundamentais eram imponíveis em sua externalidade, para o espaço público, mas não tinham eficácia para gerar deveres em relações interprivadas, seria, ainda, apta a dar conta da realidade contemporânea?¹⁴

Com efeito, os textos legislativos não abarcam a pluralidade das relações familiares, não acompanhando a evolução e diversidade da realidade contemporânea. O Código Civil, vigente desde 2003, é insuficiente para responder aos inúmeros questionamentos e inquietudes do Direito de Família, cuja realidade possui extrema amplitude e riqueza. Diante

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004, p. 14. Disponível em:

<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/tese_dr.%20rodrigo%20da%20cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jul. 2013.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *et al.* **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

dessa problemática, “nos 'princípios gerais' é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do Direito de Família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes”.¹⁵

Torna-se imprescindível, pois, a análise dos princípios fundamentais norteadores das relações interprivadas familiares, devendo-se explorar não só aqueles expressamente positivados no texto constitucional, como também os especificamente aplicáveis às crianças e aos adolescentes, expressos na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

1.1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

1.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Após os horrores vividos na Segunda Guerra Mundial por força de um regime totalitário nazista que, legitimado em um Estado de Direito, perseguiu e dizimou milhões de pessoas, a preocupação com a dignidade da pessoa humana ganhou destaque no cenário mundial. As barbáries cometidas contra os de determinada religião, raça ou orientação sexual fizeram brotar a conscientização da imprescindibilidade do princípio da dignidade a qualquer Estado que se diz democrático.¹⁶

Em razão disso, passou a dignidade da pessoa humana a integrar os mais diversos textos internacionais, como a Carta da ONU de 1945¹⁷ e a Declaração Universal dos Direitos

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004, p. 14. Disponível em:

<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/tese_dr.%20rodrigo%20da%20cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jul. 2013, p. 33-34.

¹⁶ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 121.

¹⁷ Já em seu preâmbulo, a Carta da ONU declara que “os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que, por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, *na dignidade* e no valor do ser humano”, resolvem conjugar esforços para a consecução de tais objetivos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU (1945)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/ONU-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas/carta-geral-das-nacoes-unidas.html>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

do Homem de 1948,¹⁸ que a reconheceu como inerente a todos os membros da família humana, desempenhando o princípio em tela papel de destaque nos debates internacionais, sendo também incluído em várias Constituições, que promulgaram a dignidade humana como princípio expreso fundamental de todo sistema jurídico.

Ocorre que, embora indubitável a máxima importância do respeito à dignidade de cada indivíduo, por se tratar de “uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações”,¹⁹ o conceito dado ao princípio da dignidade da pessoa humana ainda é controverso.

Luís Roberto Barroso, na tentativa de determinar um conteúdo mínimo e universal para o princípio da dignidade, que para ele deve ter um conceito “aberto, plástico e plural”,²⁰ traz três elementos essenciais da dignidade. Em primeiro lugar, o valor intrínseco da pessoa humana, isto é, o valor inerente à natureza do ser, que independe de circunstâncias pessoais, estando na origem de diversos outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física. Em segundo lugar, a autonomia da vontade, elemento ético da dignidade, ligado à razão e à autodeterminação do indivíduo em suas decisões sobre questões religiosas, afetivas, profissionais e ideológicas, exigindo, para seu livre exercício, um mínimo existencial. Por último, o valor comunitário, elemento social da dignidade, que diz respeito ao indivíduo em relação ao seu grupo e aos valores compartilhados pela comunidade.²¹

Obviamente, não há como exaurir o conceito de dignidade da pessoa humana, haja vista tratar-se de uma concepção mutável, adaptável às condições históricas, políticas e religiosas de qualquer sociedade. Independentemente dessa variabilidade, contudo, fato é que o princípio da dignidade da pessoa humana é valor central do ordenamento constitucional, é superprincípio do qual irradiam efeitos sobre todo o sistema jurídico.

¹⁸ Em seus primeiros artigos, ratifica a Declaração ainda que “todas as pessoas nascem livres e iguais em *dignidade* e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” e que “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 16 jul. 2013.

¹⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. vol. 5. São Paulo: Método, 2013, p. 06.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010, p. 18. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 16 jul. 2013.

²¹ *Ibidem*, p. 21-28.

Não foi à toa que a Constituição brasileira de 1988 previu já em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, passando a dignidade a tutelar não só as relações dos indivíduos frente ao Estado, como também as relações interprivadas. Cabe aqui salientar que o reconhecimento da ingerência dos princípios fundamentais constitucionais no Direito Privado é o principal ponto da chamada constitucionalização do Direito Civil, segundo a qual “a Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico”.²²

Definitivamente, de todas as relações interprivadas existentes, as relações familiares são as que mais sentiram as mudanças desse processo de despatrimonialização e repersonalização do Direito Privado.²³ Na relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a entidade familiar, que tem seu prestígio ampliado pela Constituição da República, ensina Gustavo Tepedino que “a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”.²⁴

Nesse sentido, determina o texto constitucional que, fundado no princípio da dignidade, o planejamento familiar será de livre decisão do casal²⁵ e que está vedada qualquer forma de discriminação relativa à filiação²⁶, ratificando a influência do princípio em análise no âmbito do direito familiar e a dimensão axiológica de seu conteúdo.

No âmbito internacional, relativamente às garantias específicas dos menores, assevera a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, aprovada pela Assembleia Geral da ONU

²² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *et. al.* **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 9. ed., 2ª tiragem. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares: temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 *apud* TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. vol. 5. São Paulo: Método, 2013, p. 398.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 226, § 7º: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

em 1959, em seu artigo 2º, que “a criança tem o direito de ser compreendida e protegida, e devem ter oportunidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e *dignidade* [...]”.

Indo ao encontro do cenário internacional, declarou a Constituição Federal, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes, entre outros direitos, o direito à dignidade, reafirmando a condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direito e autenticando uma política de proteção aos mais vulneráveis. Consoante assevera Maria Celina Bodin de Moraes,

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei.²⁷

Desse modo, o princípio da dignidade humana, tão latente nas relações interprivadas familiares, garante às crianças e aos adolescentes, primordialmente, as condições necessárias para o seu pleno desenvolvimento, sejam elas de cunho físico, psíquico ou emocional. Destaca-se que o princípio da dignidade não visa apenas a assegurar um tratamento não degradante e a integridade física do ser humano,²⁸ mas também a propiciar o exercício de um direito de máxima importância: o direito à felicidade, uma vez que é da própria natureza humana evitar o sofrimento e buscar o que realiza a sua existência.²⁹

O princípio da dignidade humana garante a todos os membros da sociedade igual dignidade, tendo como corolários os princípios da igualdade e do respeito. “Não se pode aceitar sem reservas teorias que pretendam dar à cultura o poder de definir a dignidade da pessoa humana. O que a cultura pode fazer é estabelecer valores, ou seja, princípios gerais a determinar aquilo que se considera digno ou não. Contudo é inaceitável a arbitrariedade cultural”,³⁰ que discrimina determinados grupos de pessoas humanas em detrimento de outros.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *et al.* **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

²⁸ *Ibidem*, p. 118.

²⁹ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 131-132.

³⁰ *Ibidem*, p. 132.

O princípio da dignidade humana assegura a todos a mesma dignidade e o mesmo respeito pela simples condição de serem pessoas humanas, devendo a obrigação de respeito ser extraída do princípio da dignidade. Explica Paulo Roberto I. Vechiatti que, enquanto o ato de tolerar compreende apenas a não ofensa e a não discriminação, o ato de respeitar abrange não só a ideia de tolerar, como também a de ver e tratar o outro como igual. Em suas palavras,

[...] o respeito não supõe a “aceitação”, a concordância, mas apenas a tolerância e a aceitação do diferente enquanto igual, bem como a não agressão e o tratamento cordial que é inerente à vida em sociedade. [...] Respeitar é o ato de demonstrar tolerância com terceiros e tratá-los enquanto iguais, ou seja, é o ato de admitir maneiras de pensar e agir diversas das suas próprias. Respeitar é, portanto, não reprimir e não discriminar uma pessoa pelo simples fato de ela pensar ou agir de forma diferente da sua e tratá-la enquanto igual.³¹

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao garantir a cada indivíduo a mesma dignidade e o mesmo respeito, apreende diversos outros princípios em si, como o do direito à felicidade, o do direito ao respeito e o do direito à igualdade. O presente trabalho passará, então, à análise do não menos importante princípio da igualdade.

1.1.2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade, como já referido, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, embora presente já em 1776 na Declaração de Independência dos Estados Unidos,³² tem sua aparição historicamente atribuída à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que promulgou, em seu artigo 1º, que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. [E que] As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade

³¹ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 140.

³² Refere a Declaração que “Consideramos estas verdades por si mesmo [*sic*] evidentes, que todos os homens são criados iguais”. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)> Acesso em: 25 jul. 2013.

comum”³³ (grifos no original), tendo sido o princípio da igualdade reproduzido em praticamente todas as Constituições após a Revolução Francesa.³⁴

Ressalte-se que, inicialmente, o princípio da igualdade serviu apenas de instrumento para a classe burguesa revolucionária frear os privilégios da nobreza, não alcançando a totalidade da população: estavam excluídas as mulheres e aqueles que pertenciam às classes mais humildes, sendo até mesmo o direito ao voto, por exemplo, condicionado ao patamar de riquezas e propriedades obtido.³⁵

Em sua acepção histórica, o princípio da igualdade foi desenvolvido em sua vertente puramente formal, a chamada *igualdade perante a lei*, a qual “requer a igual aplicação do direito vigente sem consideração das qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma jurídica”.³⁶ Ao desconsiderar as qualidades e atributos pessoais dos indivíduos, a igualdade, em seu caráter formal, exige uma aplicação absolutamente igualitária da lei, sem deixar brechas para eventuais distinções verificáveis no caso concreto.

A atribuição dessa vertente formal à igualdade atendia, em razão das circunstâncias históricas, aos anseios da burguesia de suprimir a estrutura social classista até então existente, em que vigiam os particularismos e privilégios e em que não se reconhecia o indivíduo como sujeito de direito. Nesse diapasão, leciona Roger Raupp Rios que

A unitariedade do sujeito de direito dá-se pela proclamação formal do princípio da igualdade, mediante a supressão das diferenças religiosas e de nascimento, bem como pelo monopólio da produção legislativa operada pelo Estado nacional. A proclamação da igualdade, nesta perspectiva, significava igualdade formal além de todos os privilégios do clero e da nobreza, o que implicava igual acesso às funções públicas e sujeição à mesma tributação; outras situações e condições pessoais, relativas à igualdade social e econômica, eram ignoradas. Vale dizer: estas desigualdades estavam infensas aos efeitos da norma do mandamento normativo da igualdade, atendendo aos flagrantes interesses da classe vitoriosa.³⁷

³³ ASSEMBLEIA GERAL DA FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei. In: PIOVESAN, Flávia *et. al.* **Doutrinas essenciais de Direitos Humanos**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 717. Disponível em: <[³⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*](http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001401675ea22ea3b856e&docguid=I466a01a0629f11e194bf000085592b66&hitguid=I466a01a0629f11e194bf000085592b66&spos=9&epos=9&td=4000&context=22&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 25 jul. 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁶ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

³⁷ *Ibidem*, p. 40.

Nesse contexto, o princípio da igualdade exigia a aplicação da mesma lei igualmente a todos, considerando os destinatários da norma em sentido universal e abstrato, sem contemplar possíveis distinções e peculiaridades existentes nas relações subjetivas. Todavia, sem o preenchimento material do conteúdo do princípio da igualdade, graves discriminações atentatórias da dignidade humana acabaram sendo suportadas, como as ações cometidas durante o regime nazista, mesmo em um Estado em que o princípio da igualdade era juridicamente previsto.³⁸

Assim, enquanto a vertente formal do princípio da igualdade desconsidera as distinções entre os destinatários da norma, a igualdade material, a chamada *igualdade na lei*, “exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face das hipóteses distintas”.³⁹ Em seu aspecto material, o princípio da igualdade reflete a clássica definição de Aristóteles segundo a qual, para haver igualdade, é preciso tratar de maneira igualitária aqueles que estejam na mesma situação e tratar desigualmente os indivíduos que se encontrem em situações distintas, justamente por causa dessa disparidade.⁴⁰

Nossa Constituição não apenas cita a igualdade em seu preâmbulo,⁴¹ como também, no *caput* do artigo 5º, afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. No que tange particularmente às crianças e aos adolescentes, a Carta Magna previu, em seu artigo 227, *caput*, que é dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de qualquer tipo de discriminação, e, no § 6º do mesmo artigo, a absoluta igualdade entre os filhos havidos ou não na relação matrimonial, ou advindos de adoção. No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu artigo 1º, assegurou que todas as crianças gozarão dos direitos nela previstos, sem descrições de qualquer natureza.⁴²

³⁸ *Ibidem*, p. 36.

³⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁰ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 93.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a justiça como valores supremos [...]” (grifos no original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2013.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Artigo 1º: “A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor,

Evidentemente, baseada na acepção material do princípio da igualdade, a Carta Magna previu regras especificamente destinadas às crianças e aos adolescentes, tendo em vista sua situação peculiar de desenvolvimento e vulnerabilidade.

Assim, não ferem a ordem constitucional leis que criam tratamento diferenciado a uma parcela da sociedade levando em conta sua situação de hipossuficiência em relação aos demais, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece um regime jurídico mais benéfico a fim de garantir o pleno desenvolvimento dos menores de dezoito anos.

Contudo, o problema está em definir quem são os iguais e quem são os diferentes, quais os critérios pertinentes para determinar distinções entre os indivíduos e fixar-lhes um regime jurídico específico sem ferir o princípio da igualdade em seu aspecto material. Conforme afirmação de Paulo Roberto I. Vechiatti, o princípio da igualdade somente sairá ileso “se a discriminação pretendida visar a indivíduos indeterminados e indetermináveis ao tempo da elaboração do projeto de lei que a consagra e for, ao mesmo tempo, racionalmente lógica em seus fundamentos”,⁴³ devendo estar em harmonia com os princípios consagrados constitucionalmente e com os valores abstraídos do ordenamento jurídico como um todo.

De outro modo, não se constatando nenhum critério pertinente para o estabelecimento de distinções, a igualdade, em seu sentido formal, preceitua uma aplicação igualitária da norma a todos os seus destinatários.

Ocorre que pode haver ainda exclusão de determinados grupos da sociedade por omissão legislativa. Assim, uma vez constatada a chamada inconstitucionalidade por omissão, deverá o operador do Direito saná-la mediante interpretação extensiva ou analogia por força do princípio da igualdade, estendendo aos excluídos o regime jurídico ao qual têm direito por imperativo constitucional.⁴⁴

1.1.3. Princípio da afetividade

sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família”. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

⁴³ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 101.

⁴⁴ *Idem.*

Com o processo de constitucionalização do Direito Privado, que desencadeou a despatrimonialização das relações interprivadas e gerou profundas transformações, acima de tudo, no Direito de Família, antigos princípios foram abolidos, dando lugar a novos princípios, de cunho constitucional.⁴⁵

A família, antes baseada na estrutura patriarcal, engendra agora novos modelos e reflete a realidade diversificada e plural da sociedade contemporânea, despertando o interesse do legislador e ampliando seu âmbito de tutela constitucional, edificando-se sobre novos valores, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a afetividade.⁴⁶

O princípio da afetividade, mesmo não estando expresso no texto constitucional, está enlaçado em seu âmbito de proteção,⁴⁷ sendo o afeto apontado como “principal fundamento das relações familiares”,⁴⁸ em meio ao que alguns acreditam ser uma crise da instituição familiar.⁴⁹ Nas sábias palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo,

Como a crise é sempre perda de fundamentos, a família atual está "matrizada" em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada.⁵⁰

Cumprido destacar que muitas vezes, sem perceber, no senso comum, iguala-se o afeto ao amor, ocorrendo uma idealização da família como destinada a abrigar exclusivamente esse

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Revista de Direito Privado, vol. 19, p. 243, jul. 2004. Doutrinas Essenciais – Família e Sucessões, vol. 1, p. 451, ago. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001401675ea22ea3b856e&docguid=Iccd3ed802d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Iccd3ed802d4111e0baf30000855dd350&spos=88&epos=88&td=4000&context=46&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

⁴⁹ Nesse diapasão, leciona Giselle Câmara Groeninga que “graças a sua emergência [da crise na família] tem se aberto espaço para novas constituições familiares, que levam em conta as variações nas constituições individuais. A família chega a ser vista, por alguns, como em via de extinção, como se crise fosse igual à extinção. É verdade que nos sentimos ameaçados pelas mudanças. Mas a crise é um estado que é familiar à família, é da natureza humana, como o é o conflito. As crises são condições da existência da família, acompanhando as mudanças etárias e a evolução de seus membros” (grifos no original). GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.) *et al.* **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso brasileiro de Direito de Família**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 251.

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Revista de Direito Privado, vol. 19, p. 243, jul. 2004. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões, vol. 1, p. 451, ago. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001401675ea22ea3b856e&docguid=Iccd3ed802d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Iccd3ed802d4111e0baf30000855dd350&spos=88&epos=88&td=4000&context=46&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

sentimento. Entretanto, quando o indivíduo depara com os conflitos presentes em qualquer relação familiar, tal idealização acaba por romper-se. O afeto abrange não só o amor, mas também características agressivas, tendo a família, na verdade, o propósito de “possibilitar as vivências afetivas de forma segura, balizando amor e agressividade”,⁵¹ oportunizando aos seus membros o alcance da plena realização e da felicidade.

O princípio em apreço é decorrente, assim como o princípio da igualdade, da constante valorização da dignidade humana e, mesmo a Constituição de 1988 não fazendo referência expressa à afetividade, nota-se a consagração da primazia do *afetivo* sobre o *patrimonial* e meramente *biológico* em diversos artigos dispostos no texto constitucional.

Exemplos disso são a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, sendo os filhos provenientes ou não da relação matrimonial ou de adoção (artigo 227, § 6º, CF/88), a adoção como ato de livre escolha baseado no afeto e dotado de igualdade de direitos (artigo 227, §§ 5º e 6º, CF/88), o entendimento da comunidade familiar como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, adotivos ou não (artigo 226, § 4º, CF/88), e o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar, com absoluta prioridade, o direito da criança, do adolescente e do jovem à convivência familiar (artigo 227, *caput*, CF/88).⁵²

Na legislação infraconstitucional, mais precisamente no Código Civil, a palavra afeto apenas aparece para determinar que a guarda unilateral seja atribuída ao genitor que tiver mais aptidão de propiciar aos filhos, entre outros, o afeto (artigo 1.583, § 2º, I, CC/2012), além de indicar que o grau de afetividade, caso verificado que o filho não deva permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deverá ser observado na ordem de preferência daquele que terá a guarda (artigo 1.584, § 5º, CC/2012). Ademais, o princípio da afetividade tem seu reflexo no dispositivo que estabelece comunhão plena de vida no casamento (artigo 1.511, CC/2012), no que dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (artigo 1.593, CC/2012), e no dispositivo que, em consonância com o disposto na Constituição, disciplina a igualdade na filiação (artigo 1.596, CC/2012).⁵³

Embora seja ainda tímida a presença do princípio da afetividade na legislação brasileira, a jurisprudência é incansável ao ressaltar a valorização do afeto nas relações familiares, conferindo às decisões jurisprudenciais forte caráter principiológico e ratificando a

⁵¹ GROENINGA, Giselle Câmara, *op. cit.*, p. 260.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70-71.

⁵³ *Ibidem*, p. 71.

primazia da afetividade e da afinidade sobre os interesses meramente patrimoniais. Consoante aclarado voto da ministra Nancy Andrighi, em julgamento de sua relatoria,

Como se pode notar, a quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. E nessa evolução de mentalidade, deve o juiz permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve, portanto, assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável.⁵⁴

O princípio da afetividade, assim, contribui para o reconhecimento daquelas relações de afeto entre pais e filhos que perduram no tempo, mesmo não havendo entre eles vínculos de sangue – a chamada filiação socioafetiva. Orientam-se nesse sentido o Enunciado nº 108 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, segundo o qual “No fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603, compreende-se, à luz do disposto no artigo 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”, e o Enunciado nº 256 CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que determina que “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.⁵⁵

O afeto, mesmo sem estar consagrado expressamente no texto constitucional, é um dos pilares precípuos das relações familiares, que dá ao Direito de Família uma ótica mais humana e solidária, não podendo jamais ser tratado com despreço.

1.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.2.1. Princípio da proteção integral

⁵⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.026.981/RJ. Recorrente: Severino Galdino Belo. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ. Relatora: Des. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 fev. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200800251717&dt_publicacao=23/02/2010> Acesso em: 29 jul. 2013.

⁵⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. vol. 5. São Paulo: Método, 2013, p. 25.

A Constituição Federal, ao estabelecer deveres à família, à sociedade e ao Estado para com as crianças, adolescentes e jovens, consagrou os direitos destes como fundamentais, introduzindo no sistema jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral, doutrina essa que no âmbito internacional já havia sido trazida em 1959, com a publicação da Declaração dos Direitos das Crianças pela ONU.⁵⁶

Para consolidar os direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente⁵⁷ dispostos na Carta Magna, promulgou-se a Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo intuito é “conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena de seus direitos”,⁵⁸ reforçando o princípio da proteção integral. Nessa acepção, ratifica o Estatuto, em seu artigo 3º, que “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral* de que trata esta Lei [...]” (grifos no original).⁵⁹

A doutrina da proteção integral, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, foi trazida pela Constituição visando a garantir direitos fundamentais a pessoas humanas de condição especial, que ainda não atingiram seu pleno desenvolvimento. Ao referir a “peculiar condição de pessoa em desenvolvimento vista pelo ângulo do interesse individual de crianças e adolescentes”,⁶⁰ Martha de Toledo Machado explica os motivos pelos quais a legislação dispensa aos menores esse sistema especial de proteção.

Em primeiro lugar, destaca a autora Martha de Toledo Machado, citado no parágrafo anterior que crianças e adolescentes, enquanto seres humanos ainda em formação física, psíquica e motora, encontram-se em processo de construção de sua personalidade. A

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Preâmbulo: “*Considerando* que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento. [...] *Considerando* que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. [...] *A Assembleia Geral, Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança*, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância” (grifos no original). Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm>>. Acesso: em 30 jul. 2013.

⁵⁷ Quanto aos direitos dos jovens, ainda não houve a promulgação do Estatuto do Jovem, previsto no inciso I do § 8º do artigo 227 da CF, conforme explicação de Flávio Tartuce e José Fernando Simão. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 jul. 2013.

⁶⁰ MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 108.

possibilidade de formação da personalidade humana adulta há de ser reconhecida como direito fundamental de qualquer ser humano, uma vez que as condições necessárias para o pleno desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes são pré-requisito para a própria existência da personalidade como tal. Da aceitação de que o conteúdo da personalidade infanto-juvenil é distinto do conteúdo da personalidade adulta, tendo em vista aquela ainda estar em fase de formação, emerge com clareza que os direitos fundamentais dos menores prescindem de uma conformação especial.⁶¹

Em segundo lugar, ressalva a autora que crianças e adolescentes merecem um sistema especial de proteção não só e exclusivamente por sua condição intrinsecamente diversa da condição do adulto, mas também porque, somado a seu *status* de diferenciação em relação aos adultos, encontra-se outro elemento: o da vulnerabilidade que possuem em relação aos que já estão plenamente desenvolvidos.⁶² Nas palavras de Martha de Toledo Machado,

É ela [a vulnerabilidade], outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal. De outro lado, a maior vulnerabilidade das crianças e adolescentes, quando comparados aos adultos, é outro truísmo: se a personalidade daqueles ainda está incompleta, se as potencialidades do ser humano nas crianças ainda não amadureceram até seu patamar mínimo de desenvolvimento, são elas mais fracas; tanto porque não podem exercitar completamente suas potencialidades e direitos, como porque estão em condição menos favorável para defender esses direitos.⁶³

A proteção integral da criança e do adolescente, assim, “há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”,⁶⁴ sejam essas necessidades de ordem material, física ou psíquica, alcançando todos os menores, por sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Aliás, tal proteção faz-se integral porque, primeiro, abrange todas as crianças e adolescentes, sem discriminações de qualquer tipo, e porque, segundo, contrapõe-se à separação causada pela já revogada Lei nº 6.697/79, conhecida como Código de Menores, que

⁶¹ *Ibidem*, p. 108 *et. seq.*

⁶² *Ibidem*, p. 118-119.

⁶³ MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Manole, p. 119.

⁶⁴ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

distinguiu entre crianças em situação irregular e crianças em situação regular, prevendo regimes jurídicos distintos para cada grupo.⁶⁵

1.2.2. Princípio da prioridade absoluta

Decorrente do princípio da proteção integral, consagrado no Brasil com a Constituição de 1988, o princípio da prioridade absoluta também se faz presente no texto constitucional quando este assegura às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, entre outros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ratifica o princípio em tela no seu artigo 4º,⁶⁶ atribuindo igualmente à família, à comunidade, à sociedade e ao poder público a efetivação, com absoluta prioridade, dos direitos fundamentais dos menores. Complementando o *caput* do artigo 4º do Estatuto, arrolam-se no parágrafo único, em caráter meramente exemplificativo, algumas situações imprescindíveis para que a criança tenha observada sua prioridade.

Reza o princípio que as necessidades de crianças e adolescentes devem vir em primeiro lugar para os responsáveis pela administração pública, tendo em vista sua situação de vulnerabilidade e de ser humano ainda em processo de construção de sua personalidade. No momento da destinação do dinheiro público, por exemplo, é preciso sempre verificar se as condições essenciais para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes estão sendo satisfeitas, não sendo isso facultativo aos governantes. Conforme leciona Dalmo de Abreu Dallari,

O apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência constitucional demonstra o reconhecimento da necessidade de cuidar de modo especial das pessoas que, por sua

⁶⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed., ver. e ampl., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 15.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 02 ago. 2013.

fragilidade natural ou por estarem numa fase em que se contempla sua formação, correm maiores riscos. A par disso, é importante assinalar que não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais.⁶⁷

Essa exigência de prioridade absoluta vale igualmente para a família, a comunidade e a sociedade em geral, sendo imperioso haver constante cooperação entre tais entidades e o poder público. Nenhum dos responsáveis pode escusar-se e manter-se inerte frente às necessidades das crianças e dos adolescentes, sob o pretexto de o apoio prioritário incumbir ao outro.⁶⁸

O princípio da prioridade absoluta atribui à família, à comunidade, à sociedade e ao poder público a responsabilidade de efetivar, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Nesse sentido, não bastam atitudes meramente formais que não concretizem os direitos assegurados, imprescindíveis para que aqueles que se encontram em situação de fragilidade alcancem sua fase adulta de forma plena. Ressalte-se ainda: tal apoio precisa ser dado a todas as crianças e adolescentes, sem discriminações.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. A preferência e a prática dos direitos. *In*: CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 45.

2. A ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

No Brasil, o instituto da adoção já era previsto desde as Ordenações. Embora não tivesse uma regulamentação própria, o Direito pré-codificado já lhe fazia referência, possibilitando sua aplicação. No momento de sua utilização, contudo, tinham os magistrados de suprir as lacunas existentes recorrendo ao Direito romano.⁶⁹

Igualmente com inspiração em disposições romanísticas, o Código Civil Brasileiro de 1916 sistematizou a adoção nos seus artigos 368 a 378. Em sua redação original, o Código permitia como adotante somente pessoa maior de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada (artigo 368), e desde que fosse pelo menos dezoito anos mais velho que o adotado (artigo 369). Além disso, era vedada a adoção por duas pessoas, salvo na condição de marido e mulher (artigo 370).

Como se vê, a adoção visava apenas a possibilitar aos casais estéreis que tivessem o filho que não lhes fora dado de forma natural,⁷⁰ atendendo à antiga visão da função de procriação atribuída à família tradicional matrimonial e dificultando a concessão da adoção.

Com a evolução do instituto, o objetivo dado à adoção deixou de ser “atribuir prole a casal que não podia ter filhos, satisfazendo seus anseios pessoais e sociais”,⁷¹ passando a ter finalidade filantrópica, permitindo a casais generosos e benevolentes retirar crianças e adolescentes do total abandono.

Com a promulgação da Lei nº 3.133/57, deu-se nova redação ao Código Civil de 1916, autorizando-se a adoção por maiores de trinta anos, sendo que o adotante deveria ser no mínimo dezesseis anos mais velho que o adotado, possuindo ou não filhos legítimos ou legitimados. Referia ainda a lei, no seu artigo 2º, que “no ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado. Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue”.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 475.

A Lei nº 3.133/57, entretanto, não tratava de forma igualitária os filhos naturais e os filhos adotivos em direitos e garantias. Nesse sentido, um importante passo foi dado com o advento da Lei nº 4.655/65, que inseriu a legitimação adotiva, prevendo em seu artigo 9º que o filho adotivo teria os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo em caso de sucessão, quando houvesse concorrência com filho legítimo superveniente à adoção. A Lei nº 4.655/65 ordenou a inscrição da sentença que deferia a adoção no Registro Civil, “como se se tratasse de registro fora do prazo” (artigo 6º). Ademais, rompeu os laços do filho adotivo com sua família de origem (artigo 9º, § 2º).

Essa lei, todavia, condicionava que o vínculo adotivo somente se estenderia à família do adotante se houvesse adesão por parte dos ascendentes ao ato consagrado (artigo 9º, § 1º). Tal condicional foi afastada em 1979, com a edição da Lei nº 6.697, o chamado Código de Menores, que revogou a lei da legitimação adotiva.

O Código de Menores veio no intuito de prestar assistência e proteção a menores em situação irregular,⁷² substituindo a legitimação adotiva pela adoção plena. Passaram a coexistir, assim, duas formas de adoção: a forma tradicional, denominada adoção simples, trazida pelo Código Civil de 1916 e levada a efeito mediante escritura pública, e a dita adoção plena, aplicável somente aos menores em situação irregular e concretizada por meio de autorização judicial.

Enquanto aquela era revogável e estabelecia um vínculo de parentesco somente entre o adotante e o filho adotivo, esta era irrevogável e introduzia o filho adotivo na família do adotante, eliminando definitivamente os vínculos de parentesco entre o adotado e sua família de origem.⁷³ Cabe lembrar que, para os filhos adotivos maiores de dezoito anos e em situação regular, o regime aplicável era exclusivamente o do antigo Código, por escritura pública, não havendo aplicabilidade da Lei nº 6.697/79.⁷⁴

A igualdade plena em direitos, garantias e deveres entre os filhos adotivos e os filhos naturais restou erigida a norma constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispôs, no § 6º do artigo 227, que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁷² Consideraram-se como em situação irregular crianças privadas de condições essenciais, vítimas de maus-tratos, em perigo moral, em desvio de conduta, entre outros, nos termos do artigo 2º do Código de Menores.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380.

⁷⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 536.

Como o *caput* desse dispositivo trata dos direitos que devem ser assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade às crianças e aos adolescentes, surgiram questionamentos quanto à extensão da equiparação trazida no § 6º à adoção de maiores, argumentando-se que tal modalidade muitas vezes poderia ferir a própria finalidade da adoção.

Quanto a tal polêmica, leciona Arnaldo Rizzardo:

É verdade que muitas adoções, envolvendo pessoas adultas, encerravam mais uma razão materialista e interesseira. Mas não podia este elemento ser levado a uma regra geral. Existiam e existem adoções que refletem sobretudo uma forte aproximação afetiva e pessoal das pessoas. Forma-se entre o adotante e o filho uma comunhão de interesses, ideias e sentimentos paterno-filiais, que torna-se difícil generalizar o puro interesse econômico. [*sic*]⁷⁵

A doutrina, assim, majoritariamente, entende que não há como estabelecer diferenciações que o próprio texto constitucional não fez e dividir os filhos adotivos em duas classes.⁷⁶ A igualdade entre filhos adotivos e filhos naturais aplica-se independentemente da idade do adotado.

Em consonância com o previsto na CF/88, posteriormente, em 1990, entrou em vigor a Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que ratificou a condição de filho que deve ser atribuída ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios (artigo 41). O Estatuto da Criança e do Adolescente modificou o anterior regime da adoção, revogando o Código de Menores e instituindo a adoção plena para qualquer menor de idade, esteja ele ou não em situação irregular. Passou, então, a vigor a adoção simples e restrita trazida pelo Código Civil de 1916, ao lado da adoção plena estatutária prevista na Lei nº 8.069/90.

Salienta-se aqui que, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiu-se como adotante a pessoa com mais de vinte e um anos de idade, independentemente de estado civil, “tivesse ou não prole, sendo casados ou vivendo em união estável”,⁷⁷ demonstrando-se a aceitação de outras formas familiares que não a tradicional matrimonial.

Com o advento do Código Civil de 2002, oportunizou-se a adoção por maiores de dezoito anos de idade e extinguiu-se a possibilidade de adoção por escritura pública, devendo

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 550.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 476.

o ato, em ambos os casos, ser constituído por sentença judicial. Aos menores aplicava-se o procedimento processual descrito na Lei nº 8.069/90 e, aos maiores, o procedimento de jurisdição voluntária, regulado pelo Código de Processo Civil.⁷⁸

Ocorre que, mesmo tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente tratado de maneira específica da adoção de crianças e adolescentes, o Código Civil de 2002 fazia referência à adoção de menores, gerando uma superposição. O problema foi solucionado pela Lei nº 12.010/2009, a chamada Lei Nacional de Adoção, que alterou diversos dispositivos do Estatuto, modificou dois artigos do Código Civil de 2002 (artigos 1.618 e 1.619) e revogou ainda outros dez (artigos 1.620 a 1.629), passando a adoção de crianças e adolescentes a ser regulada apenas pelo Estatuto,⁷⁹ cabendo ao Código Civil reger unicamente a adoção de maiores de dezoito anos.

Diante disso, restou claro que a adoção de crianças e adolescentes está disciplinada não só pelas normas, mas, sobretudo, pelos princípios consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, reduzindo-se desse modo eventuais incorreções no momento da interpretação e da aplicação da lei pelos operadores do Direito.⁸⁰

Não basta que o juiz, mesmo invocando os princípios garantidos às crianças e aos adolescentes, aplique uma medida qualquer sem maiores cautelas, sendo imprescindível que

a Justiça da Infância e da Juventude atue de forma *responsável*, a partir da análise do caso sob a ótica *interdisciplinar* e em respeito aos *princípios* e *parâmetros normativos* vigentes, tendo a compreensão que o *objetivo* de sua intervenção não é a “aplicação de medidas”, mas, sim, em última análise, a *proteção integral* infanto-juvenil (cf. Art. 1º do ECA), da forma mais *célere e eficaz* possível (cf. Arts. 4º, parágrafo único, alínea “b” e 152, parágrafo único do ECA) [...] ⁸¹

Em busca dessa celeridade, a Lei nº 12.010/2009 prevê alguns prazos para trazer maior celeridade ao trâmite processual da adoção e estabelece um cadastro nacional para facilitar a localização de crianças e adolescentes que possam ser adotadas. O § 2º do artigo 42 do Estatuto, com redação dada pela Lei Nacional da Adoção, normatiza que “para adoção

⁷⁸ RIZZARDO, Arnaldo, *op. cit.*, p. 538.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 39: “A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto *nesta Lei*” (grifos no original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁸⁰ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 191.

⁸¹ *Ibidem*, p. 192.

conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

Infelizmente, “foi suprimido do projeto o artigo que permitia a adoção de crianças e adolescentes por casal formado por pessoas do mesmo sexo”,⁸², indo tal medida de encontro, como visto, aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Embora insista o legislador brasileiro em omitir-se quanto à possibilidade de adoção por casais homoafetivos, a tendência da jurisprudência, como restará demonstrada, é no sentido de admitir tal possibilidade.

2.2. CONCEITO DE ADOÇÃO

Para Pontes de Miranda, adoção “é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e adoção”.⁸³ Nas palavras de Sílvio Venosa, adoção “é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica”.⁸⁴ Arnaldo Rizzardo, ao conceituar o instituto, afirma que este nada mais é do que “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Em última análise, corresponde à aquisição de um filho através de ato judicial de nomeação”.⁸⁵

Embora seja inegável que tais definições representam de maneira correta o instituto da adoção, elas não refletem todas as suas faces. Diante da evolução do próprio conceito de família, que deixou de basear-se no modelo tradicional patriarcal para calcar-se em valores como os da solidariedade, da igualdade e, principalmente, da afetividade, não poderia o conceito de adoção continuar imutável.

Conforme brilhante explicação de Maria Berenice Dias,

A doutrina da proteção integral e a vedação de referências discriminatórias (CF, 227 § 6º) alteraram profundamente a perspectiva da adoção. Inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos. A adoção

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 382-383.

⁸³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família: parentesco**, vol. 3. 1. ed., atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Editora Bookseller, 2001, p. 217.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 6. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 296.

⁸⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 531.

significa muito mais a busca de uma família para a criança. Foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia a sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família.⁸⁶

A adoção, portanto, deve ser compreendida como a opção que viabiliza a reconstrução da dignidade humana de crianças e adolescentes por meio da inclusão familiar.⁸⁷ É a possibilidade de garantir aos adotados o desenvolvimento pleno de suas potencialidades físicas, psicológicas e emocionais em uma relação jurídica enlaçada pelo amor e pelo carinho.

2.3. ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.3.1. Características essenciais

2.3.1.1. Excepcionalidade

Com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, foi acrescentado ao artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente o parágrafo primeiro,⁸⁸ segundo o qual a adoção apenas será aceita quando esgotadas todas as possibilidades de manutenção do menor em sua família natural⁸⁹ ou extensa,⁹⁰ havendo uma preocupação da referida lei em promover e apoiar a

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483-484.

⁸⁷ ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade jurídica da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011, p. 61.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 39, § 1º: “A adoção é medida *excepcional* e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência” (grifos no original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 25: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 25, parágrafo único: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

instituição familiar, indo ao encontro, inclusive, da norma constitucional que dispõe que a família, sendo a base da sociedade, deve receber especial proteção por parte do Estado.⁹¹

A regra da excepcionalidade da adoção está intimamente ligada ao direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar e comunitária, direito fundamental trazido pela Carta Magna e ratificado pela Lei nº 8.069/1990, em seu artigo 19, segundo o qual é garantido a “toda criança ou adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, *excepcionalmente*, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária” (grifos no original). Tal direito é imprescindível para que crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, possam formar plenamente sua personalidade e atingir a fase adulta de maneira digna e sadia.

Em um viés histórico, a política de institucionalização havida no Brasil e direcionada para os chamados “menores em situação irregular”, defensora da ideia de que crianças e adolescentes marginalizados estariam mais bem amparados nas casas de recolhimento do que no seio de suas famílias, demonstrou que a personalidade infanto-juvenil não se desenvolve, mesmo que em suas potencialidades mínimas, quando institucionalizada. Isso porque “a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto, o que é impossível de se dar em tais instituições”,⁹² devendo-se evitar a todo custo a colocação do menor em abrigos.

É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente refere, em seu artigo 19, com redação dada pela Lei nº 12.010/2009, que a situação do menor que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional será reavaliada a cada seis meses (§ 1º), e que sua permanência nesse programa não deverá ser superior a dois anos (§ 2º), almejando a lei evitar a lamentável perpetuação dos acolhimentos. Refere também o Estatuto, em seu artigo 101, § 1º, que o acolhimento institucional ou familiar tem caráter provisório e excepcional, servindo de transição para a reintegração familiar ou, quando – e somente quando – esta não for possível, para a colocação em família substituta.

Inegável é a indispensabilidade da família na formação da personalidade daqueles que se encontram em peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento, constituindo o seio familiar o local natural de crescimento e aprendizagem, em que o menor se sente seguro

⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 226, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁹² MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Manole, p. 154.

e, acima de tudo, amado. É no contato diário das relações familiares que crianças e adolescentes vão assimilando valores e princípios e descobrem como inserir-se na sociedade, diferentemente do que ocorre nas grandes instituições, onde a massificação impede a formação de relações reais e não artificiais.⁹³

Quando, excepcionalmente, for inviável a manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa, poderá então haver a colocação do menor em família substituta. A família substituta “também será capaz de lhe ministrar experiências positivas, porque acolher, adotar, é como gerar de novo, é estabelecer laços, é assumir uma forma autêntica de filiação e paternidade”,⁹⁴ e é nesse propósito que se admite a adoção.

2.3.1.2. Irrevogabilidade

No regime do Código Civil de 1916, a adoção, por ter caráter negocial, podia ser desfeita unilateralmente, quando o menor atingisse os dezoito anos,⁹⁵ ou até mesmo de forma bilateral, quando houvesse consenso entre adotante e adotado,⁹⁶ sendo que o vínculo de parentesco limitava-se apenas ao adotante e ao adotado, sem abranger a família do adotante.⁹⁷

Com a Constituição de 1988, que extinguiu qualquer tipo de discriminação entre filhos adotados e filhos biológicos, passando o instituto da adoção a ser visto não mais como de caráter negocial, e sim de ordem pública, e com base no princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes, a Lei nº 8.069/1990 promulgou, no § 1º de seu artigo 39, a irrevogabilidade da adoção.

Uma vez consumada a adoção, atribui-se ao adotado a condição de filho, “com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”,⁹⁸ sendo vedado o desfazimento do ato, o

⁹³ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109-110.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 111-112.

⁹⁵ BRASIL. **Código Civil**. Art. 373: “O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

⁹⁶ BRASIL. **Código Civil**. Art. 374: “Também se dissolve o vínculo da adoção: I. Quando as duas partes convierem. II. Quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família**. 40. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 486.

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

que não impede, todavia, que, havendo ocasião de grave violência relativamente aos filhos adotados por parte dos pais adotivos, sejam estes destituídos do poder familiar, tal qual ocorre com os pais biológicos.⁹⁹

A regra da irrevogabilidade da adoção, anteriormente inserida no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi alterada pela Lei nº 12.010/2009 e transferida para o artigo 39 do Estatuto, passando o artigo 48 a disciplinar o direito à origem genética,¹⁰⁰ direito esse que visa a proteger a integridade psíquica do menor adotado, “em razão das implicações psicológicas e sanitárias desses laços sanguíneos”.¹⁰¹ Cumpre notar que o direito à origem genética não perturba a irrevogabilidade da adoção, tratando-se apenas da garantia dada ao adotado de conhecer suas origens biológicas, bem como de ter acesso irrestrito ao processo que consumou sua adoção após completar dezoito anos ou, quando menor, a seu pedido, desde que haja orientação e assistência jurídica e psicológica.¹⁰² Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Não se confunde a irrevogabilidade da adoção com o direito, também previsto no Estatuto (art. 48), de o adotado conhecer a própria origem biológica e de obter acesso irrestrito ao processo, após os dezoito anos. Uma situação é a de o adotado conhecer a própria origem, saber quem são os seus pais biológicos, reconstruir a sua história familiar e até mesmo usar os avanços da genética na prevenção e no tratamento de determinadas doenças. Outra situação, radicalmente diversa e não admitida em lei, é a de qualquer das partes, adotantes ou adotados, renegarem o parentesco [...].¹⁰³

A adoção, assim, ao dar ao adotado a condição de filho, ao criar direitos e deveres recíprocos e ao inserir o filho adotivo com vínculos de parentesco na família substituta, deve

⁹⁹ CURY, Munir (coord.) *et al.*, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 11 ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010*, p. 194.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 48. “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 ago. 2013.

¹⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil 2: Direito de Família**. 40. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 487.

¹⁰² BERTOLO, José Gilmar. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina, legislação e prática forense**. São Paulo: JH Mizuno, 2012, p.41.

¹⁰³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0000829-38.2012.8.26.0526. Apelante: Thais Micheletto. Apelado: Terezinha Aparecida Gomes Micheletto. Relator: Des. Francisco Loureiro. São Paulo, 31 jan. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0000829-38.2012.8.26.0526&cdProcesso=RI001JMAT0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=FELbROIkBebHKJw6owxcPDbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvD3bD1v8Vei57ckYyxgE2kn01dlp92%2BGHI0iHgKWV0S2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVopdd9vVlJrQuBGWTRyndXVNI%2Fhrdff%2Bv1mdJwRY6nYhKW074u%2F3%2BzI3tNvSJFGdKK%2B5IJsocWnT6HvjWOCEk6c%3D>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

permanecer e fixar raízes no tempo, não estando sujeita a eventuais incertezas futuras. É no intuito de conservar a adoção como instituto de garantia familiar e de dar segurança jurídica às partes, em especial à criança e ao adolescente, que necessitam ver os laços criados perpetuados no tempo de forma segura, que o Estatuto determina que a adoção seja irrevogável.

2.3.1.3. Plenitude

A característica da plenitude diz respeito ao fato de que, uma vez consumada a adoção, é conferida ao adotado a condição de filho, regra inserida no supracitado artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O artigo inserido no Estatuto veio apenas ratificar a norma constitucional da igualdade entre os filhos provenientes ou não da relação conjugal ou de adoção, sendo vedada qualquer forma de discriminação (art. 227, § 6º, CF/88).

Refere ainda, no § 1º do artigo 41,¹⁰⁴ que, caso o filho de apenas um dos cônjuges ou concubinos seja adotado pelo outro, os vínculos de filiação entre o filho adotado e aquele que já era pai ou mãe continuam inalterados, assim como com os seus respectivos parentes. Essa norma veio resolver aquelas situações, infelizmente existentes na sociedade brasileira, em que a criança ou o adolescente tem apenas o nome da mãe assentado em seu registro de nascimento ou, mesmo tendo também o nome do pai, este acaba não exercendo os deveres e direitos oriundos do poder familiar, deixando a criança em situação de abandono.

Com a inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, “aquela situação de fato, em que o marido ou concubino da mãe exerce o papel de pai, pode-se tornar de direito, ante a possibilidade de ser concedida a adoção,”¹⁰⁵ realizando-se a chamada adoção unilateral, mantendo-se os vínculos de filiação entre a mãe ou o pai consanguíneos e os respectivos parentes, e estabelecendo-se tais vínculos entre o adotante e seus respectivos parentes.

Cabe salientar ainda que, como consequência lógica da característica da plenitude da adoção, o adotado, como filho que é, tem garantidos todos os direitos que lhe são pertinentes,

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 41, § 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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 12 ago. 2013.

¹⁰⁵ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 198.

devendo receber todo o cuidado necessário para a plena formação de sua personalidade,¹⁰⁶ cabendo aos pais assistir, criar e educar os filhos menores, conforme preceitua o artigo 229 da Carta Magna.

2.3.2. Requisitos

2.3.2.1. Idade

A redação original da Lei 8.069/1990 previa vinte e um anos como a idade mínima para que alguém pudesse praticar o ato da adoção. Com a redação dada pela Lei 12.010/2009, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente atualmente, em seu artigo 42, que “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”,¹⁰⁷ tornando-se compatível com a idade da plena capacidade civil instituída pelo artigo 5º do Código Civil.¹⁰⁸

A antiga redação do artigo 1.618 da lei civil,¹⁰⁹ que permitia interpretações no sentido de admitir que uma pessoa menor de dezoito anos, desde que casada ou vivendo em união estável com alguém maior de dezoito anos, viesse a adotar, foi eliminada com a Lei 12.010/2009, que conferiu ao Estatuto a função exclusiva de regular a adoção de crianças e adolescentes, mantendo a idade mínima em dezoito anos. Com a revogação da regra civilista, manteve-se essa idade mínima, “embora seja duvidoso que jovens adultos na faixa dos 18 anos manifestem interesse e ou mesmo tenham maturidade suficiente para adotar (como é reconhecido pela legislação de outros países, que em geral estabelecem idades mínimas mais elevadas)”.¹¹⁰ De toda sorte, tenha o adotante no mínimo dezoito anos ou mais, deverá ele seguir o procedimento previsto no Estatuto, atendendo aos demais requisitos.

¹⁰⁶ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 42. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). **Planalto**. Artigo 5º: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). **Planalto**. Artigo 1.618, parágrafo único: “A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹¹⁰ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 200.

O requisito da idade mínima é pertinente não apenas à adoção de crianças e adolescentes, mas também à de adultos, haja vista o Código Civil referir que na adoção destes aplicar-se-ão, no que couber, as normas da Lei nº 8.069/1990,¹¹¹ devendo o adotante, quer na adoção individual, quer na conjunta, contar no mínimo dezoito anos, sendo analisada, em qualquer caso, a estabilidade da família.¹¹²

Além de ter no mínimo dezoito anos de idade, deve o adotante ser no mínimo dezesseis anos mais velho que o adotado, conforme dispõe o § 3º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹¹³ Com essa condição, “quer a lei no lar instituir ambiente de respeito e austeridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos”.¹¹⁴

Cumprido referir ainda que, conquanto a legislação brasileira imponha a idade mínima de dezoito anos para o adotante, além da diferença de dezesseis anos entre este e o adotado, não há no direito brasileiro a previsão de uma idade máxima para o ato da adoção.¹¹⁵

2.3.2.2. Consentimento

Como a adoção possui a característica da plenitude, rompendo definitivamente os vínculos de parentesco entre os pais biológicos e o filho que é adotado e inserindo este, de maneira decisiva, na família substituta, exige a Lei 8.069/1990 que, para consumar-se a adoção, é necessário o consentimento dos pais biológicos,¹¹⁶ porquanto possuem estes “interesse legítimo em realizar oposição a que seu filho ingresse em uma família

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). **Planalto**. Artigo 1.619. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹¹² BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 42, § 2º: Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 42, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, p. 478.

¹¹⁵ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 201.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 45: “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 ~~pátrio poder~~ poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

substituta”.¹¹⁷ Na hipótese de os pais biológicos estarem ausentes, quando a criança ou o adolescente estiver sob a tutela ou sob a curatela de alguém, o consentimento será dado pelo representante legal.

Em qualquer caso, o consentimento dado pelos pais biológicos ou pelo representante legal deverá ser ratificado perante o juiz e o Ministério Público. Acresce que, não tendo o pai ou a mãe atingido a maioridade, ou sendo este portador de alguma incapacidade relativa para os atos da vida civil, conforme disciplina o artigo 4º do Código Civil,¹¹⁸ deverá haver assistência do representante legal, sob pena de invalidação do ato. Não sendo obtido o consentimento seja dos pais, seja de representantes legais, poderá o juiz destituir os pais biológicos do poder familiar, desde que no melhor interesse da criança ou do adolescente.¹¹⁹

Reza o § 1º do artigo 45 do Estatuto que, caso sejam os pais destituídos do poder familiar, quando houver ausência de condições para ter o filho em sua companhia, ou desconhecidos os genitores, será o consentimento dispensado, com vistas a imprimir maior celeridade ao processo de adoção e evitar retardamentos indevidos, atendendo-se ao princípio do melhor interesse do menor.

A par do consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando, dispõe o Estatuto que, caso seja este último maior de doze anos, será também necessário o seu consentimento. Mesmo o § 2º do artigo 45 da Lei 8.069/1990 declarando obrigatória apenas a oitiva dos adolescentes, a oitiva do menor de doze anos deverá ser feita sempre que a criança tiver condições de externar sua vontade, por força do artigo 28 do mesmo diploma legal.¹²⁰ “Ouvir a criança e o adolescente é de suma importância não só nos processos de adoção, mas em qualquer processo de colocação em família substituta, pois só aqueles podem revelar aspectos que tenham passado despercebidos, inclusive dos técnicos, ou propositalmente ocultado”.¹²¹

¹¹⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233.

¹¹⁸ BRASIL. **Código Civil**. Art. 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹¹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, *op. cit.*, p. 234.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 28, § 1º: “Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹²¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 239.

Tendo em vista que a finalidade da Lei nº 8.069/1990 é “assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, e [que] isso deve ser respeitado ainda que contrariamente à vontade do menor” (grifos no original),¹²² na hipótese de não haver consentimento por parte do adotando, deverá o juiz levar isso em conta no momento de formar seu convencimento, podendo, não obstante, conceder a adoção quando verificar, no caso concreto, a existência de reais vantagens para o adotando.

2.3.2.3. Estágio de convivência

Disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente que a adoção será precedida de estágio de convivência,¹²³ no qual a criança ou o adolescente adotando é confiado às pessoas que estão interessadas em sua adoção, para que se possa analisar a conveniência da colocação daquele menor na família substituta, verificando-se se há ou não a formação de vínculos de afetividade e afinidade entre eles. Como bem ensina Galdino Bordallo,

O estágio de convivência é o período de avaliação da nova família, a ser acompanhado pela equipe técnica do Juízo, com o intuito de verificar-se quanto à adaptação recíproca entre adotando e adotante. Essa aferição se faz extremamente necessária, pois não basta que o adotante se mostre uma pessoa equilibrada e que nutre grande amor pelo próximo, uma vez que breve e superficial contato nas dependências do Juízo não garante aquilatarem-se as condições necessárias de um bom pai ou boa mãe. Indispensável a realização de acompanhamento do dia-a-dia da nova família, a fim de ser verificado o comportamento de seus membros e como enfrentam os problemas diários surgidos pela convivência.¹²⁴

¹²² ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

¹²³ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 46: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso. § 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. § 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. § 3º. 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. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. §4º. O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹²⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 207.

O requisito do estágio de convivência, além de ir ao encontro do disposto no § 5º do artigo 28 do Estatuto,¹²⁵ segundo o qual a colocação do menor em família substituta deverá ser gradativa e acompanhada por equipe interprofissional, reflete o compromisso que deve ter a Justiça da Infância e da Juventude com o êxito da adoção, visto que não basta conceder a adoção para que estejam cumpridos os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes.¹²⁶

O diploma legal não determina um tempo mínimo de estágio de convivência para a adoção por pessoas ou por casais residentes ou domiciliados no país, cabendo ao juiz analisar casuisticamente o tempo necessário para o acompanhamento da adaptação do adotando à sua nova família, podendo até mesmo dispensar o requisito da convivência quando o menor já estiver sob a tutela ou sob a guarda legal do adotante por tempo suficiente. A simples guarda de fato não autoriza a dispensa do requisito, buscando o legislador “não mais premiar a informalidade, que dá margem para tantas situações atentatórias aos direitos infanto-juvenis”.¹²⁷

Entretanto, no caso de adoção por pessoas ou casais residentes ou domiciliados no exterior, o estágio de convivência será de no mínimo trinta dias, conforme refere o Estatuto no § 3º de seu artigo 46, ficando o prazo máximo a critério do magistrado.

2.3.3. Legitimidade

2.3.3.1. Considerações gerais

Todas as crianças e todos os adolescentes que não possam ser reintegrados à família biológica ou que não possuam família natural gozam de legitimidade para ser adotados. Para haver a adoção de um menor, é imprescindível que inexista a possibilidade de reintegração

¹²⁵ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 28, § 5º: “A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹²⁶ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 213.

¹²⁷ CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 213-214.

familiar, considerando-se que é assegurado à criança e ao adolescente o direito ao convívio familiar, constituindo a colocação em família substituta medida excepcional.¹²⁸

São hipóteses de impraticabilidade da reintegração à família natural os casos em que haja destituição do poder familiar, os casos em que os pais se encontrem em lugar incerto e não sabido, e aqueles em que esteja o menor inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional, consoante artigo 19, § 1º, do Estatuto.¹²⁹

Em relação aos que podem adotar, preenchendo os interessados na adoção os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.069/1990, terão legitimidade para fazê-lo, sendo vedada qualquer forma de discriminação. Nesse sentido, Galdino Bordallo refere que “nenhuma restrição com relação a idade, sexo, cor, religião, situação financeira, preferência sexual, poderá ser utilizada, seja pelo legislador, seja pelo aplicador da lei, sob pena de estar sendo violado o Princípio Constitucional da Igualdade”,¹³⁰ decorrente do princípio máximo da dignidade da pessoa humana.

Algumas pessoas, contudo, encontram-se impedidas de adotar por expressa disposição da Lei nº 8.069/1990, podendo tal impedimento ser parcial ou total.

2.3.3.2. Impedimento parcial

O impedimento parcial é aquele trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 44, segundo o qual só poderá o tutor ou o curador do menor adotá-lo após prestar contas de sua administração e saldar o débito eventualmente existente. Chama-se de impedimento parcial visto que, uma vez superada a causa do impedimento, isto é, uma vez prestadas as contas e saldadas as dívidas, poderá haver a adoção pelo tutor ou curador.¹³¹

¹²⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 207.

¹²⁹ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 19, § 1º: “Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹³⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 206.

¹³¹ *Idem*.

Evidentemente, a finalidade do dispositivo é evitar que haja dilapidação do patrimônio do tutelado ou do curatelado por parte daquele que deve administrar seus bens, utilizando-se posteriormente o administrador da adoção para legitimar a ilicitude de seus atos, tendo em vista que, consumando-se aquela, passaria à condição de pai ou mãe do menor, obtendo, conseqüentemente, o direito de administração sobre os bens do adotando.¹³²

Ademais, mostra-se conveniente que, se o tutor ou o curador não prestarem contas e saldarem eventuais débitos em outras tutelas ou curadorias, mesmo que não na administração do menor que pretendem adotar, igualmente não lhes seja conferida a adoção, porquanto duvidosa a sua idoneidade.¹³³

2.3.3.3. Impedimento total

Impedimento total é o que traz o Estatuto no § 1º de seu artigo 42,¹³⁴ o qual veda a adoção por ascendentes e irmãos do adotando. Tal dispositivo tem por escopo “evitar inversões e confusões nas relações de parentesco”, levando em conta que a adoção do menor por parte de seus ascendentes ou irmão lhe traria nenhuma vantagem, o que por si só já seria um empecilho à adoção, que somente é deferida quando se verificam vantagens de fato para o adotado.¹³⁵

É normal que, com a perda da família natural ou com a impossibilidade dos pais de exercer o poder familiar, a criança ou o adolescente passe a conviver com a família extensa. Havendo perda dos pais biológicos, podem perfeitamente os avós e os irmãos, independentemente do grau de parentesco, acolher e proteger o menor órfão sem a necessidade do instituto da adoção, podendo-se utilizar os institutos da guarda ou da tutela

¹³² CURY, Munir (coord.); PACHI, Carlos Eduardo *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207.

¹³³ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 42, § 1º: “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹³⁵ BRASIL. Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Art. 43 “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 18 ago. 2013.

para regularizar a situação existente, evitando-se o rompimento do menor com os pais biológicos, o que ocorreria no caso da adoção.¹³⁶

Cumprе notar que alguns autores, baseados no artigo 6º do Estatuto,¹³⁷ defendem a possibilidade da adoção pelos avós, referindo que, ao preocupar-se com o lado patrimonial da questão, afastou-se o legislador da realidade e esqueceu-se do lado afetivo do problema, não alcançando os fins sociais a que a lei se destina. Além disso, referem que, havendo antinomia entre o disposto no § 1º do artigo 42 e o disposto no artigo 6º, deveria ser permitida a adoção pelos avós por força da aplicação do que normatiza o último.¹³⁸

No que tange a tais argumentos, afirma Bordallo que a questão do afeto está intimamente ligada a todas as relações familiares, sendo que o vínculo afetivo entre a criança ou o adolescente e seus avós se tornará mais intenso com a convivência diária, não interferindo a concessão ou a falta de concessão da adoção no afeto existente. E mais: não há de se cogitar de uma antinomia entre os dispositivos citados, uma vez que, para atender aos fins sociais a que se destina a Lei nº 8.069/1990, não se faz necessária a adoção da criança por seus descendentes ou irmãos, como se a adoção fosse acarretar uma proteção ao menor que já não estivesse ocorrendo.¹³⁹ Nas palavras do autor, “este entendimento nada mais é do que a utilização dos princípios jurídicos para buscar uma interpretação *contra legem* e dar maior importância ao aspecto patrimonial da adoção do que ao pessoal”.¹⁴⁰

¹³⁶ CURY, Munir (coord.); DIGIÁCOMO, Murillo; *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 201.

¹³⁷ Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹³⁸ HIRSSCHFEL, Adriana Kruchin, A adoção pelos avós. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) *et al.* **Grandes Temas da Atualidade – Adoção**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. *Apud*: BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 210.

¹³⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 211.

¹⁴⁰ *Idem*.

3. A ADOÇÃO HOMOAFETIVA

3.1. HOMOSSEXUALISMO, HOMOSSEXUALIDADE, HOMOAFETIVIDADE E OUTRAS QUESTÕES TERMINOLÓGICAS PERTINENTES

Para que se possa avaliar a questão da possibilidade jurídica da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, mister se faz conceituar a homossexualidade, bem como compreender alguns conceitos envolvidos, como o da orientação sexual e o da identidade sexual.

O vocábulo “homossexualidade” foi introduzido na literatura técnica em 1869, tendo sido criado pelo médico húngaro Karoly Benkert. Remonta à palavra grega *homo* (que significa semelhante) e à palavra latina *sexus* (que significa sexualidade), exprimindo tanto a ideia de semelhança com o sexo almejado pelo indivíduo quanto a noção de sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo.¹⁴¹ Esse vocábulo substituiu o termo “homossexualismo”, tendo em linha de conta que o sufixo “ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade” significa modo de ser.

Sob um viés terminológico, para afastar a carga pejorativa existente no vocábulo “homossexualismo”, que implicava doença, anormalidade ou perversão, Jurandir Freire da Costa utilizou “homoerotismo”, visando a “valorizar, dar um outro peso moral às experienciais afetivo-sexuais” (*sic*),¹⁴² na tentativa de quebrar o preconceito. No mesmo intuito, Maria Berenice Dias cunhou a amplamente aceita expressão “homoafetividade”, que, em suas palavras, “expressa o vínculo que envolve o par, pois o afeto existente na maior parte das uniões homossexuais é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiris, não há dúvida”.¹⁴³ De fato, a expressão cunhada pela jurista consegue refletir o amor, o afeto e o intuito de comunhão plena de interesses entre os casais homossexuais.

O elemento da afetividade igualmente se encontra na conceituação cunhada por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que caracteriza a homossexualidade pelo “sentimento romântico por uma pessoa do mesmo sexo”. Conforme explica,

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O preconceito & a justiça**. 3. Ed. ver. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 33.

¹⁴² Costa, Paulo Freire da. *apud* DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 33-34.

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 34.

Por mais que isso seja dizer o óbvio, é importante ressaltar que o homossexual é aquele que ama romanticamente uma pessoa do mesmo sexo. Esse é o único ponto relevante no que tange à definição da orientação sexual da pessoa: se amar apenas pessoas do mesmo sexo, será homossexual; se amar pessoas do sexo oposto será heterossexual; se amar pessoas de ambos os sexos (ainda que tenha um maior apelo por um deles), será bissexual. Isso é a orientação sexual [...].¹⁴⁴

Roger Raupp Rios faz uso da expressão “orientação sexual” para designar especificamente as discriminações sentidas na homossexualidade, dado que tais discriminações “são geradas em virtude dessa direção do desejo ou da conduta sexuais que identificamos nos denominados *homossexuais*”.¹⁴⁵ A orientação sexual refere-se ao direcionamento que cada indivíduo dá a seus sentimentos e desejos; é a capacidade de sentir-se atraído por pessoas do mesmo sexo, do sexo oposto, ou por ambas, seja essa atração de cunho afetivo, seja de cunho sexual. A orientação sexual não se confunde com a identidade sexual. A identidade sexual diz respeito ao conjunto de características inerentes a uma pessoa em virtude de sua sexualidade. “Orientação sexual refere-se ao sexo para o qual sentimos amor e desejo, ao passo que a identidade sexual refere-se ao fato de assumir plenamente esta orientação sexual”.¹⁴⁶

É preciso ainda fazer outra observação: o homossexual não se confunde com o transexual. Transexual é aquele que possui um sexo psíquico distinto do sexo físico, tendo a convicção de ter nascido com o sexo biológico errado. “O transexual considera-se membro do sexo oposto, não se compreendendo como homossexual. Seus órgãos genitais e aparelho reprodutor são perfeitamente normais. O transexual estaria inserido em uma das desordens da identidade de gênero.”¹⁴⁷ Por conta disso, o transexual geralmente tende a realizar uma cirurgia para adequar seu sexo físico ao seu sexo psíquico. Já o homossexual é simplesmente aquele que, independentemente de se ver como homem ou como mulher, ama pessoas do mesmo sexo.

Fato é que existem dois gêneros (masculino e feminino) e dois sexos (homem e mulher). Embora na maioria das vezes aqueles que nascem com o sexo biológico “homem” se

¹⁴⁴ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 46.

¹⁴⁵ RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26-27.

¹⁴⁶ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁷ GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin (orient.); GRUNEICH, Danielle Fermiano dos Santos. Direitos sociais, transexualidade e princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise interdisciplinar. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/gruneich%2C_danielle_fermiano_dos_santos_gruneich_girardi%2C_maria_fernanda_gugelmin._direitos_sociais%2C_transexualidade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

identifiquem com o gênero masculino e aquelas que nascem com o sexo biológico “mulher” se identifiquem com o gênero feminino, em alguns casos ocorre um desencontro entre o sexo biológico e o gênero psíquico. “Eventual incoincidência entre o sexo aparente e o psicológico gera problemas de diversas ordens. Além de um severo conflito individual [...] o transexual *tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele*”¹⁴⁸. O que merece ser aqui ressaltado é que não se devem confundir conceitos que não estão necessariamente relacionados. “Uma pessoa de sexo biológico feminino pode se enquadrar no gênero masculino e se sentir atraído exclusivamente por homens. Ele seria então um homem transexual *gay*.”¹⁴⁹ Assim como uma pessoa de sexo biológico masculino pode enquadrar-se no gênero feminino e sentir-se atraído exclusivamente por homens. Ela seria então uma mulher heterossexual.¹⁵⁰

Feitas as diferenciações terminológicas, o importante é não olvidar-se o elemento da afetividade existente nas relações homossexuais, como bem refletido no vocábulo “homoafetividade” cunhado por Maria Berenice Dias, uma vez que os afetos “são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos [...]. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo”.¹⁵¹ É esse elemento de afeto e carinho a nota distintiva das relações familiares, independentemente da orientação sexual envolvida.

3.2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Como referido anteriormente neste trabalho, quando abordado o princípio da afetividade, o processo de despatrimonialização das relações interprivadas desencadeou profundas transformações, sobretudo, no Direito de Família, passando a entidade familiar a basear-se em novos valores, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o da

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Transexualidade e o direito de casar**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

¹⁴⁹ PINHEIRO, Livia R. **Entenda identidade de gênero e orientação sexual**. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#axzz2dxRd2W0I>>. Acesso em: 29 out. 2013.

¹⁵⁰ Vide tabela em anexo.

¹⁵¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.) **et al. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso brasileiro de Direito de Família**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 260.

afetividade.¹⁵² O elemento da afetividade leva ao reconhecimento daquelas relações de afeto entre pais e filhos que perduram no tempo, mesmo não havendo entre eles vínculos de sangue – a chamada filiação socioafetiva.

A paternidade é, em princípio, uma questão de natureza biológica, e não afetiva. A análise da literatura dada ao atual Código Civil conjuntamente com a do Código Civil anterior “demonstra a preocupação do legislador em estabelecer a condição de filhos daqueles gerados através da relação sexual havida entre homem e mulher”,¹⁵³ não se havendo de falar aqui em desconsideração da paternidade biológica. A paternidade biológica traz em si um conceito plenamente aceito por todos os povos civilizados, além de portar uma extrema importância de ordem genética, o que não pode de forma alguma ser desprezado pelo legislador.¹⁵⁴

Em seu artigo 227, contudo, preconiza a Constituição a igualdade de direitos e qualificações entre filhos havidos ou não da relação matrimonial, ou advindos de adoção, ofertando ao Direito de Família uma nova ótica garantista, visto que “a Constituição não é ferramenta, é constituinte”,¹⁵⁵ sendo inadmissível olharmos para as entidades familiares sem a influência do texto constitucional.

Uma vez que a filiação socioafetiva é reconhecida constitucionalmente, não há por que adotar-se uma posição extrema contrária à socioafetividade. Com efeito, “é tempo de encontrar na tese biologista e na socioafetiva espaço de convivência, isso porque a sociedade não tem o interesse de decretar o fim da biologização”.¹⁵⁶ Não se pode, em nome da filiação biológica, negar a existência da filiação socioafetiva, proveniente de relações que perduram e baseiam-se em vínculos de afeto, amor e carinho.

A adoção, enquanto relação baseada no afeto entre aqueles que não possuem entre si vínculos sanguíneos, é uma das formas de filiação socioafetiva, mas não a única. Esta compreende também os casos em que há vínculo afetivo com o filho de criação, quando

¹⁵² Como bem apontado por Sérgio Gischkow Pereira e citado por Roger Raupp Rios, o Direito de Família evoluiu para um estágio em que passaram a ser considerados “os valores de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade, afastando-se a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, consuetudinárias, culturais e científicas, pena da cristalização do direito em um mundo irreal, a sofrer do mal da ineficácia”. PEREIRA, Sérgio Gischkow *apud* RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 131.

¹⁵³ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Relacionamentos afetivos nos Direitos Civil e Previdenciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 71.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad60079000001401675ea22ea3b856e&docguid=I2d886330f25111dfab6f01000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f01000000000&spos=83&eps=83&td=4000&context=46&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 out. 2013.

¹⁵⁶ *Idem*.

comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), mesmo diante da inexistência de vínculo biológico ou jurídico. Igualmente, compreende a filiação eudemonista, decorrente do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, tendo em vista que aquele que comparece espontaneamente em cartório para registrar o filho não prescinde de qualquer comprovação genética. A filiação socioafetiva ocorre, ainda, na hipótese da chamada *adoção à brasileira*, em que alguém reconhece a paternidade ou maternidade mesmo não havendo o vínculo biológico (registra como se filho seu fosse), edificando-se o estado de filho afetivo.¹⁵⁷ Nesse estado de filho afetivo, nas palavras de Pedro Belmiro Welter,

o vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia. Enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo [*sic*].¹⁵⁸

O conflito entre o vínculo biológico e o vínculo afetivo deve ser resolvido casuisticamente, cabendo ao aplicador da lei solucioná-lo com base nos elementos fáticos trazidos a juízo. Não se pode permitir que o vínculo exclusivamente biológico “possa constituir instrumento de enriquecimento ilícito, muitas vezes em detrimento de laços de afetividade construídos e reconstruídos com o tempo”.¹⁵⁹ O elemento da afetividade torna um vínculo tão real quanto o elemento sanguíneo, independentemente do tipo de filiação socioafetiva em análise e, no que aqui cabe ressaltar, da orientação sexual daqueles que nutrem esse afeto.

3.3.A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS *VERSUS* ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.

¹⁵⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad60079000001401675ea22ea3b856e&docguid=I2d886330f25111dfab6f01000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f01000000000&spos=83&epos=83&td=4000&context=46&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 out. 2013.

¹⁵⁸ *Idem*

¹⁵⁹ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Relacionamentos afetivos nos Direitos Civil e Previdenciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 72.

O conceito de adoção, como visto anteriormente, perdeu seu caráter meramente contratualista e assistencialista, passando a significar muito mais a busca de uma família para a criança do que a busca de uma criança para a família. A adoção é não só uma medida excepcional, irrevogável e plena, que atribui ao adotando a condição de filho, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como também um ato de amor entre os adotantes e os filhos adotivos. Uma adoção realizada por um casal homoafetivo em nada difere – ao menos não deveria diferir – das adoções realizadas por casais heteroafetivos, devendo os interessados na adoção estar sujeitos às mesmas regras e cumprir os mesmos requisitos legais. A adoção homoafetiva é, assim, aquele ato solene, excepcional, irrevogável e pleno que atribui ao adotando a condição de filho, em que adotantes e adotados são ligados por vínculos de carinho e afeto, tendo como única peculiaridade o fato de formarem os adotantes um casal homoafetivo.

Tal peculiaridade, para alguns, é motivo suficiente para que a união entre pessoas do mesmo sexo não seja reconhecida como entidade familiar e que, conseqüentemente, seja denegada a possibilidade da adoção. Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera que uma união entre pessoas do mesmo sexo “jamais ensejará a configuração do companheirismo [...], ainda que duradoura, contínua, única e informal”,¹⁶⁰ tendo em vista o texto constitucional ter reconhecido como entidade familiar a união entre homem e mulher. Em suas palavras,

Juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que vivam em situação similar àquela das uniões heterossexuais, tal como a união sexual entre concubinos, bem como entre parentes. Inexiste dúvida de que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, formando uma entidade *quase familiar*, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família.¹⁶¹

Tais conclusões baseiam-se no vazio legislativo existente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, embora não proíba o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a possibilidade da adoção homoafetiva, não possui regulamentação sobre essa matéria, causando uma lacuna normativa. “O repúdio social a segmentos marginalizados da sociedade e excluídos acaba intimidando o legislador, que tem

¹⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2 ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 544-545.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 546-547

enorme resistência em cancelar lei que vise a proteger a quem a sociedade rejeita.”¹⁶² Essa lacuna acaba por excluir da tutela jurídica uma parcela considerável da sociedade, sob o argumento de que inexistente lei expressa que assegure direitos àqueles que não atendem aos padrões impostos pela sociedade como um todo.

Ora, omissão legislativa não se confunde com inexistência de direito. Mesmo diante da lacuna normativa, há meios de se garantir que a adoção homoafetiva seja devidamente protegida. Em primeiro lugar, note-se que é princípio geral do Direito que aquilo que não está expressamente proibido, permitido está. Essa máxima está positivada no artigo 5º, II, da Carta Magna, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O não reconhecimento da possibilidade das adoções homoafetivas, desse modo, afronta diretamente o texto constitucional, violando direito humano fundamental.¹⁶³

Em segundo lugar, preconiza o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Paralelamente, assevera o artigo 126 do CPC ser vedado ao juiz sentenciar alegando lacuna da lei, devendo, no julgamento do caso concreto, “aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Em terceiro lugar, se a recusa da adoção por casais homossexuais tinha como premissa a inexistência de previsão legal, a justificativa caiu por terra com a edição da Lei 11.340, de 2006 (a chamada Lei Maria da Penha),¹⁶⁴ que definiu a família, no inciso II de seu artigo 5º, “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”, ressalvando no parágrafo único do mesmo artigo que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Ainda, em recente decisão, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, vedou “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. [Sendo que tal recusa] implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 208.

¹⁶³ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 153-157.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 11.340/2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 25 out. 2013.

corregedor para as providências cabíveis”.¹⁶⁵ Nesse sentido, o argumento referente à omissão legislativa, *concessa venia*, não tolera a inexistência de defesas e garantias àqueles que vivem à margem da sociedade, diante de princípios basilares como os da dignidade da pessoa humana e da igualdade.¹⁶⁶

Certamente fere o princípio constitucional da dignidade humana negar aos pretensos adotantes o direito de realizar a adoção quando preenchidos os requisitos necessários, por obstar que alcancem essas pessoas a felicidade plena. Ao considerar-se que aqueles que pretendem realizar a adoção só alcançarão sua realização pessoal completa com o exercício da parentalidade, deve esse exercício ser tido como direito humano fundamental, decorrente do princípio da dignidade. E mais: negar o exercício do direito à parentalidade fere não apenas o princípio da dignidade humana, como também o da igualdade, que veda as discriminações arbitrárias sofridas pelos adotantes de orientação sexual diversa do padrão heterossexual imposto pela sociedade.

Todavia, o que se quer ressaltar aqui é que, quando se fala em adoção, há um interesse muito maior que o daqueles que desejam efetuar-la: o interesse da criança e do adolescente, cuja condição peculiar de ser humano em desenvolvimento e de vulnerabilidade justifica um tratamento prioritário por parte da sociedade e do Estado, cabendo a aplicação da doutrina da proteção integral em todos os casos em que estejam envolvidos. Negar às crianças e aos adolescentes o direito de serem adotados significa ferir o cerne do ordenamento jurídico no que lhe é mais precioso, essencial e elementar: a garantia da dignidade humana, do respeito e da felicidade daqueles que mais carecem da proteção e do apoio de uma família.

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito fundamental, e como tal, uma necessidade básica, já que é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre o qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade.¹⁶⁷

É na formação dos vínculos afetivos desenvolvidos em um ambiente de amor, carinho e compreensão que a criança tem as condições necessárias para o seu pleno crescimento, não

¹⁶⁵ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹⁶⁶ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti, *op. cit., loc. cit.*

¹⁶⁷ LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha *et al.* **Família e responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 544.

sendo a família heterossexual a única forma possível de família, como bem comprova a realidade social. “As famílias homoparentais são uma das possibilidades de construção familiar atual, uma das maneiras possíveis de se viver em sociedade, trocando cuidados, afetos e compartilhando o cotidiano”,¹⁶⁸ devendo-se encará-las com respeito e dignidade. A diversidade e a complexidade de formatos que a família contemporânea assumiu não comportam mais a argumentação da omissão do legislador e do aplicador da lei frente a essa realidade.¹⁶⁹

Manter-se inerte frente às mudanças sociais de maneira discriminatória traz prejuízos significativos principalmente para as crianças e os adolescentes. Não é difícil imaginar que, em um primeiro momento, homossexuais, tanto do gênero feminino como do gênero masculino, candidatavam-se individualmente à adoção, tendo em linha de conta o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite, em seu artigo 42, a adoção individual por maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil. Em oposição, exige para a efetivação da adoção conjunta, de maneira indispensável, que os interessados em realizar a adoção sejam casados civilmente ou mantenham união estável.

Nesses casos, não havia o questionamento a respeito do relacionamento homoafetivo que pudessem os adotantes manter. Tal fato, por si só, já comprometia a credibilidade do estudo social, que acabava por excluir o parceiro ou a parceira, acarretando a incompletude e a debilidade da habilitação realizada, e deixando de preservar o melhor interesse do adotando. Este convivia com a família homoafetiva, criando laços de afeto também com aquele que, embora não tenha vínculo jurídico com a criança ou com o adolescente, cria, educa e dá amor ao adotando como se pai ou mãe fosse. Essa falta de vínculo obrigacional entre o companheiro do adotante e o menor adotado gera a absoluta irresponsabilidade daquele para com um filho que, na realidade, também é seu.¹⁷⁰ A situação de fato, embora existente, não

¹⁶⁸ ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.) *et al.* **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. Porto Alegre: IBDFAM-RS, Editora Pallotti, 2007, p. 151.

¹⁶⁹ Nesse sentido, leciona Elizabeth Zambrano que “cabe ressaltar que a civilização não foi afetada pelas famílias homoparentais, que já existem há muito tempo na realidade social, como demonstram as pesquisas realizadas sobre elas nos últimos trinta anos. O que está faltando é apenas o seu reconhecimento legal. Recusar chamar de ‘família’ esses arranjos e negar a existência de um vínculo intrafamiliar entre os seus membros (ainda que esses vínculos possam ter um aspecto extremamente poliformo e variado) significa ‘fixar’ a família dentro de um formato único, que não corresponde à diversidade de expressões que ela adotou ao longo da história e nas sociedades contemporâneas”. ZAMBRANO, Elizabeth, *op. cit.*, p. 143.

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 512.

encontra abrigo sob o manto da lei, na medida em que inexistente a situação de direito, relegando-se o adotando ao completo desamparo.

Quando a adoção conjunta por casais homoafetivos é denegada, não há, *a priori*, nenhum vínculo jurídico entre o parceiro não adotante e o adotando, o qual, conseqüentemente, não detém “automaticamente possibilidade de alimentos, sucessão, uso do nome, constar como dependente em plano de saúde e imposto de renda, entre outros, frente àqueles que figuram em situação de paternidade ou maternidade dita de fato”.¹⁷¹ Da mesma forma, restam os companheiros não adotantes desprotegidos no caso de uma eventual separação litigiosa do casal, podendo ser restringido ou até mesmo negado seu direito de visita e de guarda, já que é o adotante legal o único que detém direitos sobre a criança. Ocorre que “Os vínculos pais-filhos devem perdurar independentes das vicissitudes da vida dos adultos. Separação e morte não podem privar brutalmente uma criança dos vínculos tecidos com seus pais sociais”.¹⁷² Em hipóteses como essa, em que é formado o vínculo jurídico com apenas um dos parceiros, a noção de filiação socioafetiva será vital para determinar a relação de parentalidade existente, de modo a que não se tratem crianças e adolescentes de maneira discriminatória.

Exemplo de discriminação já sentida anteriormente é a da diferenciação feita entre a legitimidade e a não legitimidade na filiação, sob a égide do Código Civil de 1916, segundo o qual os filhos não advindos da relação matrimonial eram considerados ilegítimos, recebendo tratamento diferenciado em virtude da falta de vínculo formal entre seus pais. Tal questão já está devidamente superada, com a promulgação da igualdade na filiação no texto constitucional. Entretanto, ainda clamam por igualdade de tratamento as crianças e os adolescentes vinculados às uniões homoafetivas, que não podem receber tratamento diverso unicamente pela orientação sexual de seus pais, assim como não podem ter obstaculizada sua inserção em família substituta por preconceito àqueles que se candidataram à adoção. “Trata-

¹⁷¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito homoafetivo: aspectos jurídicos da homoparentalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha *et al.* **Família e responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 41.

¹⁷² ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.) *et al.* **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. Porto Alegre: IBDFAM-RS, Editora Pallotti, 2007, p. 151.

se de mais uma hipótese onde se pode verificar que tendo em vista fatores ligados a uma pretensa moral, são os filhos quem são penalizados [...]”.¹⁷³

Se no passado os chamados filhos ilegítimos eram excluídos do âmbito de proteção da tutela jurídica, hoje a discriminação em relação à homossexualidade pode acarretar a dificuldade em se estabelecer o vínculo jurídico entre os adotantes e o adotando, por motivos outros que não a ocorrência de prejuízos a este, questão central quando se fala no instituto da adoção.¹⁷⁴

Afinal, para que seja deferida, deve a adoção ser guiada pelo princípio máximo do melhor interesse da criança e do adolescente, analisando-se de maneira séria e comprometida a situação fática que se coloca em cada caso. Não à toa refere o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 43, que “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.¹⁷⁵ No campo doutrinário, há quem afirme que a adoção por casais homoafetivos traria prejuízos psicológicos ao adotando, contrariando o referido dispositivo ao impedir a criança de usufruir de uma família normal composta por um pai e uma mãe.¹⁷⁶ Nesse diapasão, afirma Eduardo de Oliveira Leite:

Psicologicamente falando, e na procura do melhor interesse da criança, a questão é essencial, em razão da importância da dupla referência materna e paterna, para o desenvolvimento da criança. [...] Em outras palavras: se, antes da adoção a criança tinha pai e mãe, após a adoção este mesmo direito permanece. Ou ainda: se antes da adoção a criança tinha direito a uma vida familiar afetiva e não o direito abstrato a um pai e a uma mãe, o mesmo direito permanece no pós ruptura, devendo a adoção preencher o vazio da ruptura [*sic*].¹⁷⁷ O que a adoção por homossexuais colocou a nu é a contestação de uma ideia largamente difundida pela mídia dominante, que levava os adultos a acreditar que aquilo que lhes convinha era igualmente válido às crianças. Não é verdade, e uma adoção estruturada em tais bases não tem valor jurídico e, muito menos, humano.¹⁷⁸

Por óbvio, por ser um tema extremamente controverso, há opiniões bastante divergentes a respeito da prejudicialidade da adoção homoafetiva aos adotados, concorrendo

¹⁷³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *et al.* **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 75.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 73-75.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 ago. 2013.

¹⁷⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) *et al.* **Grandes temas da atualidade**: adoção – aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 128.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 129.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 139.

argumentos favoráveis e contrários a essa modalidade de adoção.¹⁷⁹ Contudo, enquanto as pesquisas contrárias à homoparentalidade baseiam-se em premissas teóricas,¹⁸⁰ as favoráveis assentam em bases não só teóricas, mas também empíricas.¹⁸¹ Os que se opõem à adoção por casais homoafetivos alegam “sem nenhuma prova, baseando-se em puro subjetivismo, que a homossexualidade dos pais adotivos poria em risco o livre desenvolvimento da sexualidade do menor”,¹⁸² que seria influenciado pela orientação sexual dos pais a tornar-se também homossexual. Entretanto, no tocante à habilidade para cuidar dos filhos e dar-lhes atenção, o que reflete na qualidade da relação familiar, os resultados indicam não haver diferenças significativas entre pais e mães heterossexuais e pais e mães homossexuais. Concluiu-se ainda que a ausência de pais dos dois sexos não exerce nenhuma influência sobre o desenvolvimento psicológico da criança, muito menos sobre o desenvolvimento de sua

¹⁷⁹ Roger Raupp Rios resume em sua obra os principais argumentos trazidos por aqueles que são contrários à adoção por casais homossexuais. Consoante sua explicação, “tem-se alegado contra a possibilidade de adoção por homossexuais argumentos de variada matiz, tais como o (1) perigo potencial de a criança sofrer violência sexual, (2) o risco de influenciar-se a orientação sexual da criança pela do adotante, (3) a incapacidade de homossexuais serem bons pais e (4) a possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante. A respeito do perigo potencial que sofre a criança adotada em face da violência sexual por parte do adotante, constatou-se, em pesquisa social, que 95% destes casos provém de heterossexuais, dado que põe por terra qualquer dúvida acerca da seriedade da colocação. Com relação à influência da orientação sexual do adotante na definição da identidade da criança, estudos têm mostrado que filhos de pais homossexuais não têm probabilidade maior de se tornarem homossexuais que filhos de pais heterossexuais. Vale mencionar, nesse momento, o caráter discriminatório injustificado pressuposto nesta argumentação [...]. Acerca da capacidade de homossexuais exercerem com habilidade e sucesso a paternidade, existem também vários estudos comprovando o erro na suposição de que *gays* e lésbicas seriam pais inadequados ou seriam incapazes de bem desempenhar essas funções. Deve-se mencionar também o estudo de Kevin F. McNeill, em que o autor, após extensa revisão da literatura existente nos Estados Unidos, proveniente de inúmeras áreas conclui pela inexistência de diferenças significativas entre o exercício da paternidade por heterossexuais e por homossexuais. [...] Por fim, a ideia de que a orientação sexual do adotante acarretaria dificuldades insuperáveis à criança quando de sua inserção social foi referida acima, quando se mencionaram os estudos de Kevin McNeill que demonstram inexistir diferenças significativas quanto à inserção na comunidade e a orientação sexual dos pais. É mister, além disso, de chamar a atenção para a lógica altamente discriminatória e excludente que informa este argumento. Ideias deste tipo já foram utilizadas, por exemplo, para impedir casamentos entre pessoas de raças diferentes, para justificar segregação em escolas de brancos e negros, para impedir a criação e a adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa da dos adotantes. Práticas que, evidentemente, não se podem admitir numa sociedade que não deseje o racismo e a exclusão social como princípios”. RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141-143.

¹⁸⁰ Para informações detalhadas sobre as pesquisas contrárias à homoparentalidade, consultar: LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) *et al.* **Grandes temas da atualidade: adoção – aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 130-39.

¹⁸¹ Para informações detalhadas sobre as pesquisas favoráveis à homoparentalidade, consultar: ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.) *et al.* **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. Porto Alegre: IBDFAM-RS, Editora Pallotti, 2007, p. 144-149.

¹⁸² VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 501/502.

identidade sexual, tendo em vista que o modelo de identidade para ambos os sexos poderá ser dado pela presença de terceiros, como os avós, os professores, entre outros.¹⁸³

De fato, no interior das famílias formadas por casais homoafetivos, a questão sempre levantada diz respeito a quem exerceria a função materna e a função paterna, em geral cumpridas pela mãe e pelo pai, respectivamente. Ademais, consoante explicação de Elizabeth Zambrano, do ponto de vista psicanalítico, é necessário que haja um terceiro para causar a separação psíquica entre mãe e filho. Há de se distinguir entre a função psíquica que exerce esse terceiro e sua nomeação como função paterna. Tanto nos casais homossexuais formados por duas mulheres como nos casais compostos por dois homens, a função do terceiro pode ser exercida pelo parceiro do pai ou pela parceira da mãe. O importante é que a criança compreenda a existência de uma pessoa que não ela pela qual o pai ou a mãe sente desejo, inaugurando na criança a alteridade.¹⁸⁴

Destarte, na análise do deferimento ou não da adoção homoafetiva, os elementos a serem considerados são outros, entre eles a estabilidade da relação entre o casal homoafetivo, a experiência dos interessados com crianças e adolescentes e seu preparo psicológico para exercer plenamente a maternidade/paternidade. Fosse verificável o argumento de que a orientação sexual dos pais influi na identidade sexual dos filhos, não haveria homossexuais filhos de casais heterossexuais. Igualmente, procedesse a ideia da presença de um pai e uma mãe como indispensável para que o filho seja heterossexual, não haveria filhos heterossexuais criados por famílias monoparentais. Há muitos homossexuais gerados e criados por pais heterossexuais, cuja orientação sexual não teve influência sobre a escolha de seus filhos, representando tal argumento “um risco de submissão dos grupos homoafetivos a um imperativo heterossexual”,¹⁸⁵ um reflexo puro do preconceito.¹⁸⁶

Claro está que os que se utilizam desse argumento continuam a compreender a homossexualidade como uma doença, um desvio psicológico, enxergando na heterossexualidade a única forma sadia de expressão da sexualidade humana.¹⁸⁷ Tal

¹⁸³ PATTERSON, Charlotte J. Resultats des Recherches concernant L’homoparentalité. Université de Virginie/APA, 1996. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/aplg/>>. *Apud* ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 145-146.

¹⁸⁴ ZAMBRANO, Elizabeth, *op. cit.*, p. 146-147.

¹⁸⁵ ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade jurídica da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011, p. 64.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 64-65.

¹⁸⁷ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p., 502.

posicionamento é extremamente equivocado, tendo em vista a Resolução nº 01, de 22 de março de 1999, do Conselho Federal de Psicologia, segundo a qual “a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade”, não constituindo a homossexualidade “doença, nem distúrbio e nem perversão”, sendo que “Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade”.¹⁸⁸ Nesse sentido, conforme aduz Vecchiatti,

Resta claro o quão frágil é aquela teoria quando tenta justificar a proibição da adoção por homossexuais e por casais homoafetivos. Primeiro porque a homossexualidade é uma das livres manifestações da sexualidade humana, sendo tão normal quanto a heterossexualidade, conforme o posicionamento oficial da ciência médica mundial a respeito. Segundo porque inúmeros são os casos de filhos homossexuais criados por casais heteroafetivos [...] Como se vê, é uma alegação ilógica, incoerente, absurda e que não possui provas que a embasem, justificando-se, unicamente, no preconceito ou, no mínimo, na ignorância ou subjetivismo daqueles que a esposam.¹⁸⁹

O subjetivismo de quem quer que seja da sociedade, precipuamente daqueles que estão diretamente ligados às adoções homoafetivas, como juízes, médicos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, não pode pretender substituir a falta de uma fundamentação racional,¹⁹⁰ representando um injustificável obstáculo à concretização da proteção integral constitucionalmente outorgada às crianças e aos adolescentes. “Isto seria destruir a democracia, anular as diferenças individuais e instituir o arbítrio de uns (mesmo que eventualmente majoritários) em face dos demais”,¹⁹¹ constituindo grave violação aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da afetividade.

Tais princípios exigem que “homossexuais e heterossexuais tenham avaliadas, objetivamente, as condições que oferecem para propiciar o melhor desenvolvimento possível para a personalidade da criança”,¹⁹² sendo inconcebível analisar-se a orientação sexual do adotante de maneira isolada. Não há de se falar em colisão entre os interesses dos homossexuais em realizar a adoção e o interesse do menor adotando, que deve ser tratada com prioridade absoluta pela família, pela sociedade e pelo Estado. Diante de todo o exposto, não

¹⁸⁸ BRASIL, Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 01, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

¹⁸⁹ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Op. cit.*, p. 503.

¹⁹⁰ RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

¹⁹¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹² *Ibidem*, p. 140.

há como sustentar-se a vedação à adoção por casais homoafetivos – também sob a ótica dos direitos dos homossexuais, é claro, mas, substancialmente, sob a ótica dos direitos da criança e do adolescente.

3.4.EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Não datam de um passado muito distante as decisões jurisprudenciais que, nas remotas hipóteses em que se emprestava reconhecimento às uniões homossexuais, definiam-nas como sociedade de fato,¹⁹³ concedendo-lhes efeitos meramente patrimoniais. “Visualizava-se exclusivamente um vínculo negocial, e não uma relação afetiva com características de uma família”.¹⁹⁴ Como consequência, tais uniões não estavam tuteladas pelo manto do Direito Familiar, sendo inseridas no campo do Direito Obrigacional. Invocava-se a Súmula 380 do STF¹⁹⁵, para fins de partilha do patrimônio adquirido, quando o caso em análise tratava da dissolução da “sociedade de fato”.¹⁹⁶

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez o Judiciário foi chamado a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo *iter* imposto às uniões extramatrimoniais. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato a dar ensejo a mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição.¹⁹⁷

A mudança começou em 1999, quando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul definiu que a matéria de apreciação das uniões homoafetivas era de competência dos juizados

¹⁹³ BRASIL. **Código Civil**. “Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 210-211.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹⁹⁶ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, *loc. cit.*.

¹⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Direitos humanos e homoafetividade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/50_-_direitos_humanos_e_homoafetividade.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

da família,¹⁹⁸ provocando o envio de todas as demandas que estavam em tramitação para as jurisdições da família. Foi também no Rio Grande do Sul que, em 2001, houve o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, decisão até então inédita.

Ementa: União Homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do Direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.¹⁹⁹

Tal decisão, baseada nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, reconheceu pela primeira vez a união homoafetiva como entidade familiar, conferindo a essa entidade todos os efeitos jurídicos pertinentes e deferindo ao parceiro o direito de herança. A partir daí, embora estivesse longe de haver um consenso, seguiram-se em diversos Estados outras decisões jurisprudenciais reconhecendo e garantindo os direitos dos pares homoafetivos, não só na Justiça Estadual, como também no âmbito da Justiça Federal.²⁰⁰

No que tange ao direito de adoção, no ano de 2006 a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deferiu a adoção conjunta a um casal formado por duas

¹⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 599075496. Agravante: E. C. E. Agravado: E. S. C. Relator: Breno Moreira Mussi. Porto Alegre, 17 jun. 1999. “**Ementa:** Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas da família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.” Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=599075496&tb=jurisnova&partialfields=tribunalTribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹⁹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001388982&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 13 out. 2013.

²⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 210-211.

mulheres.²⁰¹ A sentença de primeiro grau julgou procedente a ação, vindo o Ministério Público a recorrer da decisão, alegando que a possibilidade de adoção conjunta depende da existência de casamento ou união estável entre os adotantes, o que, no caso em tela, não se configuraria entre a mãe já adotiva das crianças e a então pretendente à adoção, por pertencerem ao mesmo sexo.

No voto do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, responsável pela relatoria do acórdão, explicitou-se a jurisprudência, já consolidada nesse colegiado, de conferir às uniões homoafetivas tratamento equivalente ao dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro às chamadas uniões estáveis. Em suas palavras,

O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos. Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade.²⁰²

Além do inegável vínculo afetivo existente entre as requerentes, analisou-se a questão que deve ser considerada primordial em qualquer processo de adoção: o efetivo benefício aos adotandos. Ao retratar diversos estudos científicos já realizados por diferentes instituições internacionais, concluiu o magistrado não haver qualquer inconveniente para as crianças na adoção por pares homoafetivos, “mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”. Ao assinalar a proteção prioritária constitucionalmente garantida às crianças e aos adolescentes, afirmou que já era hora de “abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica”, adotando-se uma postura firme de defesa daqueles que possuem uma condição de

²⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013801592. Apelante: Ministério Público. Apelado: L. Porto Alegre, 05 abr. 2006. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/05/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70013801592&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 13 out. 2013.

²⁰² *Idem*.

maior vulnerabilidade. Por unanimidade, negou-se provimento à apelação interposta pelo Ministério Público.

Tal decisão foi confirmada, em 2010, pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁰³ O voto do relator ministro Luís Felipe Salomão considerou dois pontos cruciais: em primeiro lugar, a situação fática em tela, em que já haviam as crianças sido adotadas regularmente pela companheira da então requerente desde o nascimento, convivendo todos desde 1998, desde quando existente a união entre ambas; em segundo lugar, do ponto de vista jurídico, inexistente previsão legal que permita a inclusão do nome da companheira como adotante das crianças juntamente com o da mãe que já as havia adotado. Nesse ponto, afirma o ministro que “a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei”, devendo o enfoque estar sempre voltado para o interesse das crianças. Tal é o interesse que deve sempre prevalecer frente aos demais, “até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo”.

No que diz respeito aos estudos científicos trazidos pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referiu o relator Luís Felipe Salomão que “tais estudos são respeitadas e com fortes bases científicas”, apontando, em sua síntese, que

ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir; nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social; o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino”; os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral; as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta; não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais; educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais; a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais.

Além dos apontamentos científicos, trouxe o voto outros argumentos favoráveis a esse tipo de adoção: a previsão expressa em vários países que permite a adoção por pares

²⁰³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 889.852-RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L. M. B. G. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 abr. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 out. 2013.

homoafetivos, como a Inglaterra, os Países Baixos e algumas províncias da Espanha, por exemplo; a existência, no caso dos autos, de reais vantagens aos adotandos, seja sob o viés da situação fática que se coloca já consolidada, seja sob o viés da previsão expressa de prevalência da proteção integral da criança; a impossibilidade do julgador de eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de inexistência de previsão legal; e, ainda, a necessidade de que o tratamento dispensado às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo seja o mesmo reconhecido às uniões estáveis.

A quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do recurso especial interposto pelo Ministério Público e negou-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Como se vê, trata-se de um grande avanço nas decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, o qual “saiu de uma posição simplista que se limitava à letra fria da lei para não reconhecer a união homoafetiva como união estável pelo simples fato de sua literalidade”,²⁰⁴ passando ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, tendo como decorrência a garantia, entre outros direitos, do direito à adoção conjunta.

No que tange às decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal Federal, é forçoso citar o histórico julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132,²⁰⁵ ações cujo objeto precípua era submeter o artigo 1.723 do Código Civil²⁰⁶ à técnica da interpretação conforme a Constituição, sendo a pretensão dos requerentes o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, alcançando-lhes todos os direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis.

O relator ministro Ayres Britto, ao referir que as uniões entre pessoas do mesmo sexo comportam vínculos de amor e de afeto entre seus parceiros, explica que a união homoafetiva consiste de uma “união, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para

²⁰⁴ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 434.

²⁰⁵ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunais de Justiça do Estado e Outros. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 22 out. 2013.

²⁰⁶ BRASIL, **Código Civil**. Art. 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

a expansão de suas fronteiras temporais”, não comportando, portanto, “o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil”, e sim de uma relação enlaçada pelo carinho e pelo afeto.

Explica o ministro que, diante do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, no qual pela primeira vez o texto constitucional se utiliza da palavra “sexo”, estão expressamente vedados a discriminação e o preconceito em razão do sexo dos seres humanos, uma vez que o sexo, exceto quando explicitamente ressalvado pela norma jurídica, não serve como elemento de desigualação entre as pessoas. “Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de *promover o bem de todos*”. Estamos diante de normas que não fazem distinção entre o gênero masculino e o gênero feminino, “como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural”.

Em seu voto, coloca o relator que, enquanto direito fundamental de personalidade, a preferência sexual emana diretamente do supracitado princípio da dignidade humana, constituindo poderoso fator para a realização pessoal de cada um em busca de sua felicidade, felicidade essa que somente se realiza no âmbito da instituição familiar.²⁰⁷ Ao analisar a importância da entidade familiar e a proteção especial que deve esta receber do Estado, outorgada pela própria Constituição,²⁰⁸ define a família como uma complexa instituição social em sentido subjetivo, constituindo, em suas palavras,

Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada

²⁰⁷ Nesse diapasão, refere o ministro Ayres Britto que “Afim, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como conseqüência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunais de Justiça do Estado e Outros. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 22 out. 2013

²⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2013.

quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (*consangüíneos ou não*), avós, netos, sobrinhos e irmãos [grifos no original].²⁰⁹

Na opinião do ministro, a família, enquanto base da sociedade, “normada como figura central ou verdadeiro continente para tudo o mais”,²¹⁰ deve servir de norte para a interpretação de todos os casos relativos ao Capítulo Sétimo da Carta Magna (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), não fazendo o texto constitucional nenhuma desigualação entre a família formada por heterossexuais e a família formada por homossexuais. Quando a Constituição diz, em seu artigo 227, que é dever da família assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens o direito à dignidade, ao respeito, à convivência familiar, entre outras garantias essenciais, não utilizou nenhuma diferenciação. Pelo contrário, “os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos”.²¹¹ Também eles, as crianças, os adolescentes e os jovens, ficarão mais protegidos à medida que participem dessa convivência, dessa vida comum que é, por natureza, a família. Consoante o voto, é

Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.²¹²

Ainda, no tocante à adoção, alega em seu voto que o texto constitucional remete à lei a incumbência de dispor sobre ela, inclusive quanto aos requisitos e condições para sua efetivação. Igualmente nessa parte, “não abre distinção entre adotante ‘homo’ ou ‘heteroafetivo’. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir

²⁰⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunais de Justiça do Estado e Outros. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 22 out. 2013, p. 22.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

²¹¹ *Ibidem*, p. 25.

²¹² *Ibidem*, p. 25.

entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável”,²¹³ aplicando-se a esses casos a mesma ideia de proibição do preconceito.

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu *da* Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade, por votação unânime. Em seguida, ainda por votação unânime, julgou procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os ministros a decidir monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão.

Ao tecer comentários a respeito desse julgamento inédito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, asseverou Enézio de Deus da Silva Júnior que

A base jurisprudencial que encaminhou os ministros do Supremo a esta louvável e histórica decisão deve-se, em especial, à coragem de diversos(as) juízes(as) singulares e desembargadores(as) de alguns tribunais de justiça brasileiros, que, desde o fim da década de 90 (do século XX), vinham reconhecendo, gradualmente, o afeto como o lastro de existência e de sustentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo; motivo pelo qual as ações afetas a tais relacionamentos, cada vez mais, passaram a tramitar nas Varas de Família – que são, de fato, as competentes para a apreciação de tais demandas. [...] De fato, como bem ficou pontuado por alguns ministros do STF em seus votos, não havendo, por ora, lei que regulamente tais relações (homoafetivas) no país, a lacuna pode e deve ser suprida – para que o Judiciário não chancele uma série de injustiças.²¹⁴

Destarte, restou definitivamente erigida a *status* de entidade familiar a relação entre pessoas do mesmo sexo, tendo o Supremo decidido com efeito *erga omnes*. Foi considerando esse julgamento do STF que recentemente resolveu o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, como já referido neste trabalho, vedar “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Tal resolução colocaria um ponto final à questão do reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto ente familiar, além de ratificar todos os direitos decorrentes do casamento civil, incluindo-se o direito à adoção. Tal resolução, no entanto, é objeto de Ação Direta de

²¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunais de Justiça do Estado e Outros. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 22 out. 2013, p. 32.

²¹⁴ JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/amor_e_fam%CDlia_homossexual_-_o_fim_da_invisibilidade_atrav%C9s_da_decis%C3o_do_stf.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

Inconstitucionalidade²¹⁵ interposta pelo Partido Social Cristão (PSC), sob o argumento de que teria o CNJ invadido a competência constitucional do Legislativo de julgar e decidir a matéria, violando o princípio de separação dos poderes. Essa ação ainda está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

²¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.966 Distrito Federal. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4419751>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

CONCLUSÃO

O modelo de família clássico patriarcal de fato está longe de ser o único existente atualmente na sociedade. Após promulgação da Constituição Federal de 1988, fortes foram as transformações no Direito de Família, passando as relações interprivadas a ser compreendidas sob a luz do texto constitucional e dos princípios fundamentais constitucionais, com relevo para o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade e o princípio da afetividade.

O princípio da dignidade humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da CF/88, embora possua um conceito aberto, mutável e adaptável às circunstâncias históricas, políticas e culturais de cada sociedade, constitui elemento central de qualquer Estado que se pretenda democrático, irradiando seus efeitos sobre o ordenamento jurídico como um todo. Tal princípio garante a todos os cidadãos igual dignidade, sendo inadmissível conceder à cultura pretensamente dominante da sociedade o poder de definir o que merece ser digno ou não, subjugando-se determinados grupos humanos frente aos demais. Garante ainda a dignidade humana, principalmente às crianças e aos adolescentes, bem como as condições necessárias para seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e emocional, assegurando o exercício de um direito muito maior: o direito à felicidade, tendo como seus corolários o direito ao respeito e o direito à igualdade.

O princípio da igualdade, disposto no preâmbulo da Constituição Federal e ainda no *caput* do artigo 5º, seja em sua vertente formal (igualdade perante a lei), seja em sua vertente material (igualdade na lei), só estará satisfeito quando as distinções feitas pela lei forem logicamente motivadas, visando a alcançar indivíduos indeterminados e indetermináveis quando da feitura da norma legal. No que tange às crianças e aos adolescentes, carecem eles de maior proteção, haja vista sua peculiar situação de seres humanos em desenvolvimento. Todavia, não havendo critérios pertinentes para que se pratiquem diferenciações, não há de se falar em regimes jurídicos distintos. Assim como o princípio da igualdade, decorre o princípio da afetividade da crescente valorização da dignidade humana nas relações interprivadas, reforçando a primazia do vínculo afetivo sobre os vínculos meramente patrimoniais e biológicos.

Igualmente importantes são os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes. A doutrina da proteção integral foi introduzida pela Carta Magna em seu artigo 227, visando a assegurar direitos fundamentais àqueles que ainda estão

em desenvolvimento, abrangendo não só suas necessidades materiais, como também suas necessidades físicas e psíquicas. Conseqüentemente, as crianças e os adolescentes devem ter suas necessidades contempladas com prioridade pela administração pública, pela família e pela sociedade em geral, devendo esse apoio ser dado a todas as crianças e adolescentes, sem distinções.

É sobre essa base principiológica que o tema da adoção, ou qualquer outro tema que envolva aqueles que estão ainda em desenvolvimento, prescinde ser tratado, devendo a adoção ser compreendida como, além de medida excepcional, irrevogável e plena, a opção que viabiliza a reconstrução da dignidade humana de crianças e adolescentes por meio da inclusão familiar. Satisfeitos os requisitos, precipuamente o do atendimento ao melhor interesse do adotando, não há de se falar em denegação da adoção por casais homoafetivos, tratando-se tal negativa como discriminação ilógica e infundada, ofensiva aos princípios constitucionalmente expressos.

Não pode a omissão legislativa servir de óbice ao pleno desenvolvimento psíquico, físico e emocional daqueles que mais carecem de proteção e cuidado por parte da sociedade e do Estado. Muito menos, serve como justificativa a tese ilógica de que crianças e adolescentes criados por um casal homossexual teriam tendência à homossexualidade. Não há base empírica que comprove este argumento. Não se pode obstruir a felicidade de cidadãos tão vulneráveis e indefesos, baseando-se em argumentos tão fracos, preconceituosos e, até mesmo, desumanos,

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira já tem apontado inexistir violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na adoção homoafetiva, ressaltando a prevalência do vínculo afetivo estabelecido entre o adotante e o adotando frente ao vínculo meramente biológico, sendo impensável que a simples omissão normativa possa impedir a vivência do menor em um âmbito familiar, cercado de amor e carinho.

Além disso, quando se diz não à adoção homoafetiva unicamente por preconceito, os maiores prejudicados são os adotandos, que muitas vezes convivem e criam vínculos afetivos com ambos os companheiros, mas não possuem esta relação reconhecida juridicamente, sendo excluídos da tutela jurídica por discriminação àqueles que os adotaram.

Assim, a adoção realizada por casais homoafetivos, sob a ótica dos direitos da crianças e do adolescente, bem como dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana, da igualdade e da afetividade, em nada se diferencia de qualquer outra forma de

adoção, devendo ser concedida quando preenchidos os requisitos legais e quando restar comprovado que o melhor interesse do adotando será atendido.

Quando se fala em adoção, há um interesse muito maior em jogo do que o interesse daqueles que desejam efetuar-la: o interesse do menor, cuja condição peculiar de ser humano em desenvolvimento e de vulnerabilidade justifica um tratamento prioritário. Negar às crianças e aos adolescentes o direito de serem adotados significa ferir o cerne do ordenamento jurídico no que lhe é mais precioso, essencial e elementar: a garantia da dignidade humana, do respeito e da felicidade daqueles que mais carecem da proteção e do apoio de uma família

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade jurídica da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011.

ASSEMBLEIA GERAL DA FRANÇA, **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010, p. 18. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2013.

BERTOLO, José Gilmar. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina, legislação e prática forense**. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., rev. e atual. conforme Lei nº 12.010/2009, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 25 out. 2013.

CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A preferência e a prática dos direitos. *In*: CURY, Munir (coord.) *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 11. ed., atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice. A repersonalização das relações de família. *In*: DEL'OLMO, Florisbal de Souza *et al.* **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Transexualidade e o direito de casar**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. **União Homossexual – O preconceito & a justiça**. 3. Ed. ver. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

ELIAS, Roberto João Elias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *et al.* **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Relacionamentos afetivos nos Direitos Civil e Previdenciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2 ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais

GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin (orient.); GRUNEICH, Danielle Fermiano dos Santos. Direitos sociais, transexualidade e princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise interdisciplinar. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/gruneich%2C_danielle_fermiano_dos_

santos_gruneich_girardi%2C_maria_fernanda_gugelmin._direitos_sociais%2C_transexualidade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 9. ed., 2ª tiragem. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. *In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.) et al. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso brasileiro de Direito de Família*. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/amor_e_fam%CDlia_homossexual_-_o_fim_da_invisibilidade_atrav%C9s_da_decis%C3o_do_stf.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. *In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) et al. Grandes temas da atualidade: adoção – aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed., ver. e ampl., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo, Malheiros, 2003.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro. *In: Congresso Brasileiro do Direito de Família. Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Revista de Direito Privado, vol. 19, p. 243, jul. 2004. Doutrinas Essenciais – Família e Sucessões, vol. 1, p. 451, ago. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900001401675ea22ea3b856e&docguid=Iccd3ed802d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Iccd3ed802d4111e0baf30000855dd350&spos=88&epos=88&td=4000&context=46&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito homoafetivo: aspectos jurídicos da homoparentalidade. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. Família e responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família: Direito Matrimonial**. 1. ed. vol. 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *et al.* **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 16 jul. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004, p. 14. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/tese_dr.%20rodrigo%20da%20cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jul. 2013.

PINHEIRO, Lívia R. **Entenda identidade de gênero e orientação sexual**. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#axzz2dxRd2WOl>>. Acesso em: 29 out. 2013.

PIOVESAN, Flávia *et al.* **Doutrinas essenciais de direitos humanos**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 717. Disponível em: <[http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900001401675ea22ea3b856e&docguid=I466a01a0629f11e194bf000085592b66&hitguid=I466a01a0629f11e194bf000085592b66&spos=9&epos=9&td=4000&context=22&startChunk=1&endChunk=1#](http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900001401675ea22ea3b856e&docguid=I466a01a0629f11e194bf000085592b66&hitguid=I466a01a0629f11e194bf000085592b66&spos=9&epos=9&td=4000&context=22&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 25 jul. 2013.

RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. vol. 5. São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun., 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. vol. 6. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900001401675ea22ea3b856e&docguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&spos=83&epos=83&td=4000&context=46&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 out. 2013.

ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. *In*: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org.) *et al.* **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. Porto Alegre: IBDFAM-RS, Editora Pallotti, 2007.

**ANEXO B – Tabela de possibilidades existentes de
orientação sexual e identidade de gênero.**

Sexo Biológico	Gênero Psíquico	Orientação Sexual	Como reconhecemos
Mulher	Feminino	Bissexual	Mulher bissexual
Mulher	Feminino	Homossexual	Mulher homossexual
Mulher	Feminino	Heterossexual	Mulher heterossexual
Mulher	Feminino	Assexual	Mulher assexual
Mulher	Masculino	Bissexual	Homem bissexual
Mulher	Masculino	Homossexual	Homem homossexual
Mulher	Masculino	Heterossexual	Homem heterossexual
Mulher	Masculino	Assexual	Homem assexual
Homem	Masculino	Bissexual	Homem bissexual
Homem	Masculino	Homossexual	Homem homossexual
Homem	Masculino	Heterossexual	Homem heterossexual
Homem	Masculino	Assexual	Homem assexual
Homem	Feminino	Bissexual	Mulher bissexual
Homem	Feminino	Homossexual	Mulher homossexual
Homem	Feminino	Heterossexual	Mulher heterossexual
Homem	Feminino	Assexual	Mulher assexual

Fonte: PINHEIRO, Livia R. **Entenda identidade de gênero e orientação sexual.** Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#axzz2dxRd2W0I>>. Acesso em: 11 nov. 2013.