

195

**A AMPLA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS FACE ÀS RECENTES DECISÕES DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS**

*Luciana Costa Poli**

Resumo: Este trabalho analisa a possibilidade de adoção conjunta por núcleos familiares formados por pessoas do mesmo sexo, considerando a decisão do STF na ADPF 132 e da ADI 4277, que atribui a essas uniões os efeitos jurídicos da união estável. Pretende-se apresentar o instituto da adoção no Brasil a partir da concepção pluralista de família e buscar compreender o alcance da decisão do STF, debatendo alguns votos considerados controversos.

Palavras-chave: Adoção. União homoafetiva. União estável. Melhor interesse da criança. Família.

**THE COMPREHENSIVE POSSIBILITY OF ADOPTION BY
HOMOSEXUAL COUPLES IN LINE WITH RECENT
DECISIONS OF THE BRAZILIANS SUPERIOR COURTS**

Abstract: The paper analyzes the possibility of joint adoption by households formed by people of the same sex, considering the Supreme Court decision in ADPF 132 and ADI 4277, which attaches to such unions the legal effects of union stable. It is intended, in the present work, presenting the institute's adoption in Brazil from the pluralistic conception of family and seek to understand the scope of the decision of the Supreme Court, arguing some votes considered controversial.

Keywords: Adoption. Homosexual relationship. Union stable. Best interest of the child. Family.

* Advogada. Doutora em Direito pela PUCMINAS. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Universidade Estácio de Sá. Coordenadora da Especialização em Direito de família no CAD.

196 1 Introdução

O tema central a ser abordado é a possibilidade de adoção conjunta por núcleos familiares formados por pessoas do mesmo sexo, considerando a decisão do STF na ADPF 132 e da ADI 4277, que atribui a essas uniões os efeitos jurídicos da união estável.

Todos os dez Ministros votantes no referido julgamento manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando a ela o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. Reconheceu-se que a união homoafetiva é um modelo familiar, vislumbrando-se a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.

Alguns votos tiveram como fundamentação a interpretação conforme a Constituição, de acordo com o pedido formulado na petição inicial de ambas as ações. Outros votos divergiram, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável, devendo, ao revés, ser considerada outro tipo familiar.

Apontou-se no referido julgado que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar possuía sustentáculo nos direitos fundamentais. Argumentou-se também no sentido de existir uma lacuna legislativa, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado – a união estável – e, por fim, ainda houve entendimento de que se deveria aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável. Alguns desses entendimentos serão enfrentados neste trabalho.

Certo é que, com argumentos ora convergentes, ora divergentes na fundamentação dos seus votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro outorgaram o “selo” de família às uniões homoafetivas e entenderam que se submetem ao regime da união estável, de que decorre uma vasta gama de direitos e deveres¹.

¹ Em julgamento no STJ, finalizado dias depois do julgamento do STF onde houve a retificação nesse tribunal do entendimento.

“Direito civil. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união afetiva entre pessoas do mesmos sexo cumulada com partilha de bens e pedido de

Diante desse quadro, pretende-se, no presente trabalho, 197
apresentar o instituto da adoção no Brasil a partir da concepção pluralista de família e buscar compreender o alcance da decisão do STF, debatendo alguns pontos que consideramos controvertidos nos votos dos ministros na histórica decisão.

Abordaremos, ainda que de forma breve, a formação da família contemporânea, buscando delinear um conceito de família que se aproxime dos ideários do Estado Democrático de Direito.

alimentos. Presunção de esforço comum. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, os quais devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos. 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida. 6. Recurso especial não provido”. (STJ, REsp 1.085.646/RS, Rel. Min^a. Nancy Andrighi, j. 11/05/2011).

A releitura da família ora proposta terá como cerne a principiologia constitucional, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia, do tratamento não discriminatório, da pluralidade das formas familiares.

Nesse diapasão, procurar-se-á defender que a família formada por pares homossexuais merece ampla equiparação à união estável heterossexual, ao contrário de algumas vozes do STF que destacam o elemento sexual como determinante na formação de um núcleo familiar.

A proposta de tratamento peculiar às uniões homoafetivas, no nosso entender, além de inútil, acaba por ser discriminatória e pode suscitar restrições à atribuição dos efeitos jurídicos da união estável a essas uniões.

Enfim, o que se pretende com o presente trabalho é procurar demonstrar que a decisão do STF deve ser interpretada de forma ampla, a possibilitar a atribuição de todos os direitos inerentes à união estável à formada por pessoas do mesmo sexo.

Procura-se defender que a adoção deve se dar sempre de modo a permitir o desenvolvimento da criança em um ambiente familiar saudável, dando azo ao princípio do melhor interesse da criança, e que a existência de “dois pais” ou “duas mães” não importa prejuízo para o adotado.

2 Breves comentários sobre a adoção

A adoção significa assumir a paternidade/maternidade de um indivíduo com o qual, não haja, a princípio, liame biológico.² Segundo Venosa,³ “é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”⁴. A adoção é também conhecida como colocação em família substituta e pressupõe a desconstituição do poder familiar dos pais biológicos.

² O art. 42 do ECA não permite a adoção aos ascendentes e irmãos do adotando, permite a adoção de tios e primos do adotando, preenchidos os pressupostos legais.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p.148.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Cit., p. 426.

A adoção, também conhecida como filiação civil, é tratada expressamente pela CR/88⁵, que proíbe qualquer espécie de distinção entre os filhos. A disciplina legal da adoção encontra-se no CC/2002, com a redação dada pela Lei 12.010/2009, e na Lei 8.069/90 – o ECA, que adota a teoria da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. Na concepção de Venosa⁶, a Lei 12.010/2009 introduziu profunda alteração na sistemática do instituto, adaptando o ECA e derogando o CC/2002, na parte referente ao tema.

Em Portugal, a adoção é prevista no CCP, art. 1.586^o,⁷ mas Duarte Pinheiro⁸ propõe um conceito mais abrangente: “vínculo constituído por sentença judicial proferida no âmbito de um processo especialmente instaurado para o efeito, que, independentemente dos laços de sangue, cria direitos e deveres paterno-filiais (em sentido lato) entre duas pessoas”.

Interessante a crítica que esse autor⁹ tece sobre o instituto. Segundo sua concepção, a filiação adotiva, dado seu caráter excepcional, é tratada pelo ordenamento jurídico como secundária, subsidiária, de segunda classe, em relação à filiação biológica. Excepcionalidade que, no plano jurídico, se confirma no sistema português, ao consagrar constitucionalmente o princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais, princípio aplicável aos pais biológicos, só sendo afastado se comprovado que não cumpriram seus deveres fundamentais.

Tal imitação – continua o autor – reflete-se num momento subsequente na preferência por espécies de adoção que acabam por

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

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Cit., p. 148.

⁷ Art. 1.586º. A adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos arts. 1.973º e seguintes.

⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. **Direito de família contemporâneo**. 3. ed., Lisboa: A.A.F.D., 2011, p. 203.

⁹ Id. *ibid.*, p. 208.

200 reduzir as possibilidades de constituição do vínculo adotivo: a adoção conjunta é tida como adoção superior à singular; a adoção por pessoas do mesmo sexo é absolutamente rejeitada pelo ordenamento jurídico português¹⁰. Aos homossexuais resta apenas a adoção singular, o que resulta num número relativamente limitado de adoções por homossexuais, dada a preferência pela adoção conjunta¹¹.

Tal questão tem gerado grande polêmica em Portugal e será debatida no Parlamento. Portugal é o único país em que pessoas do mesmo sexo podem casar, mas não adotar. Segundo Duarte Pinheiro¹², a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, “introduziu uma nova discriminação para os casais homossexuais e não atende ao superior interesse das crianças”.

No Brasil, diferentemente de Portugal¹³, que restringe a adoção a crianças, qualquer pessoa pode ser adotada, seja menor ou maior de idade¹⁴. Para ser adotante é exigida a maioridade civil e a diferença mínima de idade de 16 anos em relação ao adotado. Na legislação portuguesa, em regra, a idade mínima é 25 anos e a máxima 60 anos¹⁵. Para a adoção individual, é irrelevante o estado civil do adotante¹⁶; já a adoção conjunta requer a existência de relação familiar entre os adotantes, em regra, relação afetiva atual, ainda que a Lei permita excepcionalmente a adoção, quando a relação já tenha terminado.

¹⁰ Lei n. 9/2010, art. 3. Essa lei veio a permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mas negou a faculdade de adoção conjunta às pessoas casadas com cônjuges do mesmo sexo e não pretendeu modificar as regras atinentes à filiação não adotiva.

¹¹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Op. cit., p. 203.

¹² Id. *ibid.*, p. 208.

¹³ O requisito da idade máxima do adotado figura no art. 1980, n. 2 do CCP que estipula que em regra o adotando deve ter menos de 15 anos à época da petição judicial de adoção.

¹⁴ Para Almeida e Rodrigues Junior ainda que o poder familiar se extinga com a maioridade, seria necessário para a adoção o consentimento parental. (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito das famílias**. Cit., p. 396).

¹⁵ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Op. cit., p. 214.

¹⁶ Bem como é irrelevante o fato de manter união afetiva estável.

A questão central a ser discutida no presente trabalho no que se refere à adoção é a seguinte: ainda que o art. 1.622 do Código Civil e o §2º do art. 42 do ECA prescrevam que a adoção conjunta possa ser feita por duas pessoas unidas pelo vínculo do casamento ou que formem união estável, esses dispositivos legais não devem ser interpretados mais em sua literalidade, considerando os recentíssimos julgados do STJ e do STF¹⁷, que atribuíram à união homoafetiva os efeitos da união estável.

O STJ já reconheceu, por unanimidade, a possibilidade de adoção conjunta de crianças por pares homoafetivos¹⁸, que com maior frequência recorrem ao Judiciário para que, com o intuito de salvaguardar direitos do próprio adotado, possa estender a adoção ao par e não apenas efetivar a adoção individual por um de seus membros.

A questão ganhou novo fôlego com a decisão do STF de atribuir às uniões homoafetivas a qualidade de união estável. O STF, como já se teve a oportunidade de ressaltar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, discutiu a interpretação legitimadora do art. 1.723 do Código Civil, no sentido de permitir a declaração de sua incidência também na união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Registre-se que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski destacou que devem ser aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas à união estável, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas sobre o tema.

Diante desse entendimento, dúvidas podem surgir sobre a possibilidade de adoção por pares homossexuais, já que a Lei 12.010/

¹⁷Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132

¹⁸Resp. 889.852-RS (2006/0209137-4). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 10/08/2010, julgamento 27 de abril de 2010.

202 2009, já citada, restringe a adoção conjunta a pessoas casadas ou que vivam em união estável.

Isso porque o citado Ministro entende que a união homoafetiva constituiria uma espécie distinta de família, o que implicaria a necessidade de uma legislação específica sobre o tema. Segundo Lewandowisk, embora a união homoafetiva possa caracterizar-se como união familiar, se presentes os requisitos da estabilidade, ostensibilidade e publicidade, não poderia ser equiparada à união estável, por se tratar de união entre pessoas de gênero igual.

Conclui seu voto reafirmando que o emprego da analogia neste caso aplica-se tão somente às situações assemelhadas, descartando-se aquelas que são próprias das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Esse raciocínio, segundo nossa opinião, não deve prevalecer, uma vez que o elemento sexual não constitui aspecto relevante na formação de um núcleo familiar. Tratar a união familiar formada por pessoas do mesmo sexo como uma possível quarta forma de família, como sugere o Ministro, parece-nos desnecessário e discriminatório, pois faria alusão a uma forma de família distinta unicamente, como admite o próprio Ministro por uma “diferença singela”, ou seja, a condição sexual.

A homofobia, discriminatória em sua essência, muitas vezes busca legitimar-se num aparente discurso de legalidade. É a chamada homofobia liberal. Tolerância é sua palavra de ordem. Mas há grande distância entre tolerar e reconhecer. Uma coisa é tolerar comportamentos íntimos, outra bem diferente é reconhecer direitos iguais¹⁹.

Os homossexuais não demandam direitos ou proteção “especiais”. A CR/88 já lhes permitia enquadrar os seus argumentos em termos de igualdade, em vez de diferença, em termos de liberdade, cidadania e dignidade. Os homossexuais estão a pedir nada a mais do que os heterossexuais já têm desde sempre: a liberdade de constituir-

¹⁹ BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 76.

se como família e, conseqüentemente, todos os direitos daí decorrentes, inclusive a adoção conjunta e a possibilidade de casamento. 203

Apenas para ilustrar a opinião de Múrias²⁰ que acentua que um casal de pessoas do mesmo sexo pode pretender a constituição da relação simbólica do casamento, num exercício idêntico ao de um casal de sexo diferente. Um casal que queira casar pretende a inclusão formal no âmbito de aplicação da linguagem própria do casamento e pretende, com isso, o acesso às representações e às expectativas sociais típicas do casamento, as representações e expectativas típicas do amor, compromisso, família e constituição de família, publicidade, oficialização, exclusividade, coabitação e economia comum. O estatuto global correspondente a essas representações não pode ser obtido senão pelo casamento.

4 Breves anotações sobre a família contemporânea e possibilidade da adoção por casais homoafetivos

A família atual transcendeu de uma concepção fundada nas preferências ou condições sexuais para uma concepção mais solidarista, como núcleo de cooperação, de fomento ao pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Nesse sentido, não se compreende o afeto ou a condição sexual como norteadores das relações familiares, pois a realização das aspirações afetivas e sexuais se dará ou não, mas a família talvez possa ser compreendida não apenas como núcleo de afeto, mas como espaço de cooperação, ajuda mútua, comunidade voltada à realização e promoção da dignidade humana, ainda que não vocacionada ao amor.

Certo é que não se pretende atribuir à família o viés de unidade proposta ou imposta para realização exclusiva de fins econômicos, políticos, religiosos e sociais. Defende-se a livre escolha do indivíduo para constituir um agrupamento de companheirismo e afetividade, mas porque não também de cooperação econômica, psicológica, social e não pautada exclusivamente no afeto ou na condição sexual?

²⁰ MÚRIAS, Pedro; BRITO, Miguel Nogueira de. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Lisboa: Entrelinhas, 2008, p. 11-67.

O comprometimento com os princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a pluralidade da família, nos conduz a compreender a família²¹ funcionalizada como instrumento de concretização da liberdade, como ressalta Perlingieri: “A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não apenas o limite, mas a função, o fundamento para a própria titularidade”²².

Ademais, o ponto nuclear dos dispositivos em questão é a comprovação da estabilidade da família, ou seja, indispensável é a existência de ambiente familiar saudável, independentemente da roupagem que possa assumir.

Como já salientado acima, a legislação permite a adoção conjunta das pessoas separadas ou divorciadas, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado no período da convivência conjugal ou da união estável e desde que haja acordo sobre a guarda e direito de visitas. Na realidade, a própria lei admite a adoção conjunta, ainda que inexistente qualquer liame legal ou afetivo. Portanto, a negativa desse direito ao par homossexual reflete tão somente um entendimento apressado e preconceituoso (homofóbico) do texto legal²³.

Outro ponto fundamental ao deslinde da questão: a adoção se fará tendo em vista, em primeiro lugar, os interesses do adotado, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. Isso equivale a dizer que importante é a estabilidade do lar em que será introduzido o menor, as possibilidades que lhe serão dadas de receber assistência econômica e, sobretudo, afetiva²⁴. É a possibilidade de lhe ser atribuído um lar, uma família, um núcleo de amor, cuidado e carinho. Esta é a razão principal da adoção, que não justifica o entendimento de que

²¹ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 125: “*La libertà nella famiglia trova nell’unità e nei relativi doveri non soltanto il limite ma la funzione, il fondamento della sua stessa titolarità*” (Tradução livre).

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 439.

²⁴ O art. 1º da Lei 12.010/09 prevê a garantia do direito a convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

apenas as famílias heterossexuais, formadas pelo casamento ou pela união estável são capazes de proporcionar. 205

A negativa da medida de adoção só deve ocorrer, quando comprovado concretamente que não serão atendidos os interesses do menor, independentemente do arranjo familiar. A solução a ser encontrada deve privilegiar a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, conforme determina o art. 43 do ECA²⁵.

Não existe nenhum óbice legal ou inconveniente de ordem psicológica ou sociológica a afastar a possibilidade de adoção por casal homoafetivo. Medina²⁶ reporta estudos realizados pela Universidade de Valencia e pela Academia Americana de Pediatria que concluem que a opção sexual dos adotantes em nada prejudica o desenvolvimento psicossocial do adotado²⁷.

Ao contrário, tais adoções implicam maior segurança, amparo e afeto a crianças que seriam confinadas à impessoalidade das instituições públicas. Sendo assim, se os estudos científicos²⁸ não apontam prejuízo de qualquer natureza para as crianças na adoção

²⁵ “Art. 43. A adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos.”

²⁶ MEDINA, Graciela. **Uniones de hecho homosexuales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 324.

²⁷ A autora resume da seguinte forma as conclusões das referidas pesquisas: 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; os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais não variam fundamentalmente daqueles da população em geral; as crianças que crescem com pais gays ou lésbicas se desenvolvem tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. Tradução livre. MEDINA, Graciela. **Uniones de hecho homosexuales**, p. 324.

²⁸ Também nesse sentido o STJ já se manifestou, afirmando que diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema realizados pela Universidade de Valência, na Universidade de Virgínia e Academia Americana de Pediatria não indicam qualquer inconveniente na adoção por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto do meio familiar a ser inserida a criança. Resp. 889.852-RS (2006/0209137-4). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 10/08/2010, julgamento 27 de abril de 2010.

206 por pares homoafetivos e desde que realizados os estudos psicossociais previstos na legislação, há que garantir o direito constitucional à convivência familiar e aplicação do princípio do melhor interesse da criança²⁹.

O não reconhecimento do direito de adoção às famílias homoafetivas poderia levar a criança adotada unilateralmente a se sentir discriminada e estigmatizada não por pertencer a este grupo familiar, mas por se sentir excluída pelo ordenamento jurídico que não reconhece sua situação familiar³⁰. O problema, repita-se, é a homofobia, não a homossexualidade. Se o que se busca com a adoção é a preservação do melhor interesse da criança, seu bem estar, pode-se concluir que, se houver impossibilidade de se facultar a adoção a ambos os parceiros na união homoafetiva, a criança adotada apenas por um deles estará em situação marginalizada e discriminada.

Vale lembrar que, além dos imensuráveis prejuízos psicológicos e afetivos, a negativa do direito de filiação a essas crianças acarretará-lhes prejuízos de ordem material (sucessão, alimentos, inclusão no plano de saúde, pensão previdenciária, dentre outros), já que a adoção conjunta implica assunção de responsabilidade parental solidária pelos adotantes e, por conseguinte, maior garantia de ordem econômica ao adotado.

Por fim, não se pode usar como argumento contrário à adoção por casal homoafetivo a impossibilidade de registro do filho, pois nada

²⁹ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

³⁰ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais**: A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 217.

impede a simples menção dos “pais” atendida a ordem alfabética e respectiva filiação biológica (avós)³¹. Afirma Dias³² que a Lei 6.015/73 não pode ser considerada um obstáculo e não proíbe expressamente que se mencione na certidão os nomes dos pais ou das mães. A inexistência de previsão expressa da inclusão dos nomes dos pais ou mães da criança pela Lei 6.015/73 não pode ser óbice à proteção das crianças e dos adolescentes, considerado o enfoque conferido pelo ECA e pela Lei 12.109/2009 do princípio do melhor interesse da criança. E mais, o legislador não quis utilizar nos diplomas legais ora mencionados expressão restritiva de modo a excluir definitivamente da abrangência legal a união homoafetiva.

É por vezes questionado se a ausência de modelo do gênero masculino e feminino pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o adotado tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de o filho ser alvo de repúdio no meio escolar, o que poderia lhe acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social.

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole, conforme relata Medina.³³ As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães, prossegue a autora.

Ser pai ou mãe representa uma função que não está ligada à figura física³⁴: o vínculo de parentalidade é estabelecido pela identificação

³¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 5: Direito de Família, São Paulo: Forense, p.422.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias e _____**. **Amor proibido**. Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010, p. 439.

³³ MEDINA, Graciela. **Uniones de hecho homosexuales**, p. 224.

³⁴ Anota Pereira que é possível no Direito de Família Contemporâneo compreender que a paternidade seja uma função, e em razão disto se desenvolveu a teoria da paternidade desbiologizada ou socioafetiva. Por isso, ser pai é uma representação simbólica, e o que interessa para a existência do sujeito não é propriamente o pai, mas um pai. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha.

208 do papel exercido pelo indivíduo em relação à criança e pela forma como ela identifica essa figura. A família é uma estruturação psíquica³⁵, em que cada um de seus membros ocupa um lugar, exerce uma função³⁶. O critério de aferição da parentalidade é a afetividade, elemento estruturante da filiação adotiva. Relata Medina³⁷ que os estudos realizados pela Universidade de Virgínia apontam que:

- Ser pai ou mãe não está tanto no fato de gerar, mas, principalmente, na circunstância de amar;
- Nem sempre na definição dos papéis paternos e maternos há coincidência entre o sexo biológico e o desempenhado socialmente;
- As crianças que crescem num lar homoafetivo não necessariamente apresentam problemas relacionados a isso;
- Não há dados ou justificativas que comprovem que pessoas homossexuais não possam desempenhar adequadamente o papel de pais ou mães de modo a afetar o desenvolvimento psicossocial dos filhos;
- Educar e criar os filhos de forma saudável não implica criação e educação heterossexual;
- Criança que cresce ou com um ou dois pais ou mães homossexuais se desenvolvem tão bem sob o aspecto emocional, cognitivo e do funcionamento sexual quanto à criança de família heterossexual.

Direito e psicanálise. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006, p. 638).

³⁵ Para a psicanálise, a família não é um grupo natural, mas cultural, não se construindo por homem, mulher e filhos. Consiste, ao revés, numa edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico. (LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Tradução Marco Antonio Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p.14).

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152-159.

³⁷ MEDINA, Graciela. Op. cit., p. 324.

- 209
- Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo.
 - Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos.
 - Igualmente, nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarrete perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos.
 - Nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homossexual será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo a sua inserção social.

Aqueles que não consideram possível a adoção por parceiros homossexuais utilizam-se de argumentos desprovidos de fundamentação jurídica, filosófica e científica. Repita-se, sustentam que faltariam referenciais de ambos os sexos para a formação e desenvolvimento da personalidade do adotando e possibilitaria a discriminação da criança no ambiente escolar e comunitário, dentre outros³⁸.

Parece-nos que identificar, indevidamente, os vínculos homoparentais como promíscuos é que gera a falsa ideia de que não se trata de um ambiente saudável para o bom desenvolvimento do adotado. Assim, a insistência em rejeitar a regulamentação da adoção por homossexuais tem por justificativa indisfarçável o preconceito³⁹. Pura homofobia, muitas vezes disfarçada, muitas vezes escancarada.

A simples existência de estudos para garantir a inexistência de problemas para as crianças adotadas por casais homossexuais, que podem desenvolver-se tão bem quanto as adotadas por casais heterossexuais, já denota enorme grau de homofobia. O argumento inicial e preconceituoso, combatido pelos estudos citados, é o de que

³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 436.

³⁹ MEDINA, Graciela. **Uniones de hecho homosexuales**, p. 324.

210 toda criança necessita de um lar composto por pai e mãe, portanto um lar saudável, sob o risco de tornar-se ela mesma homossexual ou, quando nada, desequilibrada. Esse argumento é tão pueril que deveria ser objeto de riso, não de estudos da comunidade científica, que tem mais o que fazer. Em primeiro lugar, se a criança adotada por homossexuais corre o risco de se tornar homossexual ou desequilibrada mental, muito mais risco corre a criança adotada por casais heterossexuais, uma vez que a maioria esmagadora de homossexuais e desequilibrados mentais é oriunda de lares heterossexuais. Em segundo lugar, qual o problema de uma criança se tornar homossexual? O cancro na pele da sociedade não é a homossexualidade, mas a homofobia.

Muitos afirmam, com razão, não haver impedimento constitucional para que o direito de adoção seja concedido a duas pessoas que não estejam casadas ou que vivam em união estável. Vozes importantes da doutrina, já há algum tempo, têm-se posicionado firmemente nesse sentido, como Lobo⁴⁰, Almeida e Rodrigues Júnior, Dias⁴¹, Farias e Rosenvald, bem como Gama⁴².

Entender de modo diverso e não reconhecer a paternidade homoparental, além da flagrante inconstitucionalidade, é retroagir um século ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que tratava os filhos de forma diferenciada e discriminatória.

⁴⁰ Para Paulo Lobo, inexistente fundamentação científica a afirmar que a filiação adotiva deva imitar o padrão heterossexual de família nuclear com as figuras bem claras de pai e mãe, de modo a assim garantir a boa formação da criança. (LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 258)

⁴¹ Para Maria Berenice Dias, para que seja deferida a adoção exige-se apenas a presença de reais vantagens para o adotado, desde que o pedido se funde em motivos legítimos. Dessa forma é irrelevante a forma do arranjo familiar na qual a criança será inserida. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Cit., p. 438)

⁴² Para Guilherme Gama, a razão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como diante da textura aberta do sistema jurídico atual, deve-se levar em conta o melhor interesse da criança e do adolescente, admitindo-se a adoção em favor de pessoas do mesmo sexo. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 436-437)

Velar pelo melhor interesse da criança e do adolescente é lhes garantir direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar; é possibilitar-lhes a inserção em lar, até porque a adoção é ato genuíno de amor, de humanidade, de entrega, de solidariedade e não cabe ao Estado impedir ou dificultar, por razões hipócritas e desprovidas de fundamentação jurídica, que as crianças e adolescentes colocados em adoção não encontrem uma família.

Claro que, como em toda adoção, deverão ser avaliadas as circunstâncias relacionadas ao bom e adequado ambiente de convívio entre os parceiros, bem como se a medida não é incompatível com a natureza do relacionamento (art. 29 ECA), além do grau de afetividade e afinidade entre a criança ou adolescente e os possíveis interessados, de modo a afastar ou minorar as consequências, acaso negativas, decorrentes da medida (art. 28, §2º, ECA).

Como bem lembra Veloso,⁴³ “o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito de Família é fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor”.

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas tornam impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar essa realidade só traz prejuízos ao filho, que não terá qualquer direito em relação àquele que de fato exerce o poder familiar, isto é, desempenho com todos os deveres inerentes a função de pai ou mãe.

Negar a possibilidade de adoção ao par homoafetivo é deixar a realidade encoberta pelo véu da homofobia⁴⁴. A Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha⁴⁵ na, anteriormente citada decisão do STF, assim se manifestou acerca da união homoafetiva:

⁴³ VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2002, v. 17, p. 342.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 354.

⁴⁵ STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.

Por sua vez, excerto do voto do Ministro Luiz Fux, no mesmo julgado:

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Atente-se ainda que com mais frequência, no caso de pares formados por duas mulheres, uma se submete à reprodução assistida. Nesse caso, não há como escapar às seguintes indagações: Será mãe somente aquela que se submeteu ao processo procriativo? A parceira que não participou fisicamente do processo reprodutivo, mas dele participou psicologicamente, deve ficar excluída da relação de parentesco, mesmo que o filho só tenha sido concebido porque era a vontade de ambas? Parece que permitir exclusivamente que o vínculo biológico identifique o vínculo jurídico é retroceder e abandonar todas

as conquistas do Direito de Família. Como assinala Facchin⁴⁶, “não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas sim o cordão umbilical do afeto”.

Anota Perlingieri⁴⁷ que se o Estado reconhece à família um papel promocional e educativo, voltado ao desenvolvimento da personalidade, qualquer modelo de família merece a proteção do ordenamento jurídico. É um problema não apenas da Lei, mas de costume. Se o costume muda, não cabe ao legislador cristalizar um costume já superado ou modificado. E não apenas ao legislador cabe a mudança, deve haver uma reflexão educativa, cultural, de modo a difundir o respeito às diversas formas de se empenhar para a família não apenas o modelo perpetuado pela doutrina cristã.

E continua⁴⁸: o papel do Direito passa pela redescoberta do papel promocional da norma realizada também com a adequação cultural do intérprete e de toda a sociedade civil. A questão não é solucionada apenas pela topografia legislativa, mas na correta individualização do problema. A resposta deve ser buscada em todo o ordenamento jurídico, sem receio do papel residual que o código possa desempenhar, importando ao estudioso ou magistrado observar a pluralidade de fontes, de modo a garantir uma interpretação mais orgânica e justa.

O engessamento das normas de Direito de Família, conforme previsto no atual sistema, deflagram o abismo existente entre a realidade e o ideal democrático.

5 A família constitucionalizada

O modelo de Estado Democrático pressupõe um espaço reservado e exclusivo para que as pessoas tomem suas decisões

⁴⁶ FACCHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche, 2001, p. 491.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Scuole, tendenze e metodi**: Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1989, p. 211.

214 pessoais, tuteladas pela tábua principiológica constitucional e imunes a interferências externas normatizadoras. Como anota Rodotà⁴⁹, a antiga virtude do Direito Privado ressurge exatamente no jogo entre regulação e espontaneidade, que oferece grande espaço para as escolhas e para a autonomia individual.

Devemos, antes e acima de tudo, respeitar a opção pessoal de cada um, a liberdade individual de constituir a forma de relacionamento que melhor aprover, na legítima tentativa de ser feliz. Devemos lembrarnos sempre, com muita cautela, que existem razões individuais, pelas quais as pessoas optam por casar ou não casar, pelas quais escolhem modelos familiares não tradicionais, buscam a redesignação sexual, enfim, pelas quais cada qual, conscientemente ou não, trilha o caminho escolhido. A sociedade e o Direito devem evoluir no sentido de oferecer a garantia fundamental de dignidade, de liberdade e de igualdade a todos os indivíduos.

Demais disso, além do processo de despatrimonialização por que passa o Direito de Família, há que buscar a funcionalização da família, enquanto instrumento de promoção da dignidade. Nesse sentido, o Direito de Família será instrumento não apenas de proteção ao indivíduo, mas funcionará como garantia das escolhas individuais nas relações afetivas e como limitador ao abuso de poder de um indivíduo sobre o outro.

A adoção da principiologia constitucional, todavia, pressupõe a repolitização do Direito, a preocupação com o conteúdo das normas, a aceitação do pluralismo jurídico e a legitimação da ordem jurídica⁵⁰.

O Direito de Família, em sua concepção constitucionalizada, mostra-se como sistema aberto, que se alimenta também da atividade jurisdicional criadora, razão pela qual não pode ser trabalhado como

⁴⁹ RODOTÀ, Stefano. Lo specchio di Stendhal: Riflessioni sulla riflessioni dei privatisti. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli: Jovene, 1997, p 5.

⁵⁰ AMARAL, Francisco. Transformações dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. Separata de **O Direito**, ano 129, v. I, n. II, 1997, p. 44-45.

mero ato mecânico de aplicação da Lei, afinal o sistema jurídico é dialético, argumentativo, não dedutivo⁵¹. 215

A CR/88 pauta-se pela pluralidade, pela inclusão, pela isonomia, pela igualdade, pela não discriminação. Todavia, a aceitação social e jurídica da família homoafetiva ainda não é plena. A condenação e marginalização da família homoafetiva tem origem religiosa e este modo de ser no mundo afetivo ainda não foi laicizado⁵².

Devemos nos indagar se em nossa sociedade democrática, que se diz inclusiva, os indivíduos que exerçam sua condição sexual de forma irrestrita têm iguais oportunidades e direitos na construção de sua personalidade e na promoção de sua dignidade. E mais, na construção de sua família.

A rejeição da aceitação da família homoafetiva, segundo Welter, causa a objetivação humana por negar o direito à tridimensionalidade humana, genética, (des) afetiva e ontológica^{53,54}. Por esse raciocínio, a homoafetividade representa uma forma de ser-no-mundo afetivo, que poderá denotar seu caráter familiar a ser reconhecido juridicamente. A par desse modo de ser em família, existem várias outras acepções de ser-em-família: conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 231.

⁵² WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 176.

⁵³ Pela linguagem heideggeriana, o ser humano tem uma abertura de caráter triplo para si, para os outros e para as coisas. Aplicando esse pensamento ao Direito de Família, pode ser dito que a compreensão do ser humano não é efetivada unicamente pelo mundo genético (das coisas, dos objetos), mas, sim, compreendido como um acontecer no mundo genético (abertura as coisas), num mundo afetivo e desafetivo (abertura: afeto, ou fechamento: desafeto, para os outros) e mundo ontológico (abertura para si). É por isso que pela hermenêutica filosófica, o ser humano deixa de ser objetificado, coisificado, porque ele perde o viés solitário, unitário, a visão monocular da normatização genética, para ser compreendido como um ser em sua totalidade, no acontecer de sua tridimensionalidade, genética, afetiva e ontológica.

⁵⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito da família**, p. 196.

216 Não se pode negar que a realidade do mundo da vida, a história atual, é de que a homoafetividade esteja presente em milhares de vidas e, conseqüentemente, em milhares de lares, em que milhares de indivíduos compartilham e desvelam seus sonhos e desejos em família, inclusive sonhos de filiação já realizados através da adoção e da inseminação artificial⁵⁵.

Isso revela que a homoafetividade representa uma classe de indivíduos que o Estado Democrático de Direito tem a missão de também promover, já que a CR/88 não tem a função de expressar e promover a existência de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão, muito ao contrário, deve garantir, através da carta de direitos fundamentais, a convivência e promoção entre sujeitos de interesses diversos e virtualmente em conflito⁵⁶.

Nesse papel, a hermenêutica constitucional está a nos indicar apenas um caminho: o viés da inclusão do multiculturalismo, com o objetivo de procurar que a realidade da trajetória da vida dos indivíduos esteja sob o manto da proteção do Estado. A possibilidade de enxergar e outorgar iguais oportunidades e direitos a indivíduos que representem diversos matizes deve ser o desafio do Estado plural. Não há de fato regime democrático, quando é exigido que todos os interesses e valores sejam aceitos como absolutos, eternos, iguais, formais; enquanto não formos capazes de conviver e promover a diversidade, os valores do outro.

A compreensão do Direito no Estado Democrático há de ser um constante construir-se, uma espiral de diálogo discursivo e aberto aos modos de ser-no-mundo tridimensional. Não há que exigir dos indivíduos homoafetivos que se dispam de suas individualidades para ser aceitos como iguais, haja vista que a igualdade constitucional necessariamente deve ser substancial, hermenêutica, democrática, que

⁵⁵ ALMEIDA, Suzana. **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem:** a tutela das novas formas de família. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 15.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado de Derecho.** Disponível em: <www.ucm.es/fltml>. Acesso em: 21 fev. 2011.

reclame a aceitação da igualdade e da diversidade tridimensional, sob pena de deflagrar tratamento preconceituoso àquele que encontrou na homoafetividade o seu jeito de ser⁵⁷. 217

Esperam os indivíduos que optam pela constituição da família homoafetiva a concretização das aspirações principiológicas propostas pelo Estado Democrático de Direito: a salvaguarda da pluralidade, a promoção da dignidade da pessoa humana, a preservação da igualdade, a não discriminação.

Embora a decisão do STF represente grande avanço contra o preconceito e a maldade, não põe fim ao problema, visto que os direitos dos companheiros homossexuais devem ainda ser regulamentados pelo legislador.

As escolhas de projeto e condução de vida dos indivíduos não podem ser tolhidas no Estado Democrático de Direito, que só se realiza permitindo a inclusão de projetos de vida diversos, que reflitam uma sociedade pluralista. Apenas desta forma, concretizar-se-á a sociedade democrática⁵⁸.

Por sua vez, não há pluralismo sem diversidade e tolerância⁵⁹. O Direito de uma sociedade democrática deve realizar, na medida do possível, o projeto de vida da maioria e, concomitantemente, preservar os projetos de vida alternativos⁶⁰.

A abertura do Direito para o futuro significa que sempre estaremos aptos a resgatar o projeto moderno, que vem sendo

⁵⁷ DIAS, Maria, Berenice. **Convivendo com a diversidade**. Disponível em: <www.intrannet.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2011.

⁵⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 210.

⁵⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 160.

⁶⁰ Para Galuppo o projeto de vida da maioria está ligado à dimensão da facticidade, enquanto o projeto de vida da minoria conecta-se ao plano da validade. (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**, p. 209).

218 construído de maneira a atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de Direito⁶¹.

Atentando para uma hermenêutica constitucionalizada, vislumbrando a pluralidade de núcleos familiares, ou seja, as entidades familiares não se resumem àquelas indicadas no rol constitucional, não se justifica a limitação da adoção conjunta apenas aos núcleos familiares formados pelo casamento e união estável heterossexuais⁶². Nesse sentido, forte nos princípios constitucionais da igualdade, não discriminação dentre outros, entende-se que também aos pares homoafetivos deva ser concedido o direito da adoção conjunta⁶³.

6 Conclusão

O objetivo deste trabalho foi analisar a ampla possibilidade de adoção por pares homossexuais, diante do reconhecimento pelo STF de efeitos jurídicos da união estável à união familiar homoafetiva. Para tanto, foi analisada de forma muito breve a evolução histórica da adoção, seu tratamento legal no Brasil; comentamos o perfil da adoção em Portugal e a ideia contemporânea de família, segundo nossa concepção.

A sistematização dada ao trabalho procurou buscar as origens da adoção e mostrar que a família, independentemente dos contornos que assuma, deve promover o pleno desenvolvimento de seus membros e, diante dessa concepção, demonstrar a ausência de qualquer prejuízo à adoção por par homoafetivo.

Verificou-se que ainda é grande a resistência em aceitar a possibilidade de homossexuais ou parceiros do mesmo sexo

⁶¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70.

⁶² ALMEIDA, Renata Barbosa. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito das famílias**, p. 234.

⁶³ Vale lembrar que o art. 6 do ECA prevê que: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

habilitarem-se para a adoção. Foram analisadas as dúvidas suscitadas quanto ao sadio desenvolvimento da criança. Buscou-se demonstrar que há equivocada crença de que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado. 219

O Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Portanto, não é difícil prever a hipótese de um homossexual que, ocultando sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver com quem mantenha um vínculo afetivo estável. Nessa situação, quem é adotado por um só dos parceiros não pode desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também reconhece como verdadeiramente seu pai ou sua mãe. Ocorrendo a separação do par ou a morte do que não é legalmente o genitor, nenhum benefício o filho poderá usufruir. Não pode pleitear qualquer direito, nem alimentos, nem benefícios de cunho previdenciário ou sucessório. Sequer o direito de visita é regulamentado – mesmo que detenha a posse do estado de filho, tenha igual sentimento e desfrute da mesma condição frente a ambos. O amor para com os pais em nada se diferencia pelo fato de eles serem do mesmo ou de diverso sexo. 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 social⁶⁴.

Cada vez mais indivíduos homossexuais estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar ao par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homossexuais.

A adoção não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se o princípio do melhor interesse da criança, o princípio à dignidade humana, que se

⁶⁴ DIAS, Maria, Berenice. **Convivendo com a diversidade**. Disponível em: <www.intrannet.mp.rs.gov.br>. Acesso em 25 fev.2012.

- 220 sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Suzana. **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem**: a tutela das novas formas de família. Coimbra: Coimbra, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica, 1950.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Convivendo com a diversidade**. Disponível em: <www.intrannet.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2011.

DUARTE PINHEIRO, Jorge. **Direito de família contemporâneo**. 3. ed., Lisboa: A.A.F.D., 2011.

FACCHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica.** Porto Alegre: Juruá, 2008. **221**

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho.** Disponível em: <www.ucm.es/fltml>. Acesso em: 21 fev. 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MÚRIAS, Pedro; BRITO, Miguel Nogueira de. **Um sim e um não sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.** Lisboa: Entrelinhas, 2008.

MEDINA, Graciela. **Uniones de hecho homosexuales.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

222 _____ . Direito e Psicanálise. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche, 2001.

_____. **Scuole, tendenze e metodi**: problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1989.

RODOTÀ, Stefano. Lo specchio di Stendhal: Riflessioni sulla riflessioni dei privatisti. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli: Jovene, 1997.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, v. 7., 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, vol. V, 2005.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 1993.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Recebido em 02/07/2012 - Aprovado em 11/09/2012