



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO DISTRITO FEDERAL - UDF

COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

JULIANA DINIZ DA COSTA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOSSEXUAIS**

**BRASÍLIA
2014**

JULIANA DINIZ DA COSTA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAS
HOMOSSEXUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como exigência parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.
Orientador(a): Isabel Grande.

**BRASÍLIA
2014**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Costa, Juliana Diniz da.

A Possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. /
Juliana Diniz da Costa – Brasília/DF, 2014.

70 fl.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação de
Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como exigência
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador(a):
Isabel Grande.

1. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.

CDU

JULIANA DINIZ DA COSTA

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOSSEXUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como exigência parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador(a): Isabel Grande.

Brasília, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof.(a). Isabel Grande
Orientador(a)
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Prof.(a).
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Prof.(a).
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Nota: _____

*Dedico o presente trabalho, aos meus pais, que me mostraram que a maior riqueza a ser transmitida é a educação.
À minha tia Eridan, que me ensinou a defender com unhas e dentes as pessoas que amamos.
À minha madrinha Tereza, com quem apreendi a ter fé nas causas difíceis.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ouvir as minhas orações e me proporcionar as forças necessárias para jamais desistir!

À Professor(a) Orientador(a) Isabel Grande, pela enorme presteza e constantes cobranças que permitiram a conclusão da presente monografia.

Às Professor(a)s Débora Soares, Hélia Fernanda, Leticia Calderado e Maria Heloísa Cavalcante, que ao lecionarem suas matérias, de forma versátil e lúdica, me despertaram um profundo interesse pela cadeia de civil.

Aos meus colegas de curso com quem enfrentei horas de estudo na biblioteca, debati dúvidas, realizei trabalhos acadêmicos e desabafei as minhas angústias.

“Quero viver num mundo em que os seres sejam somente humanos, sem outros títulos a não ser estes, sem serem golpeados na cabeça com uma régua, com uma palavra, com um rótulo.

Quero que se possa entrar em todas as igrejas e em todas as gráficas. Quero que não haja mais ninguém para esperar as pessoas na porta da prefeitura para detê-las e expulsá-las.

Quero que todos entrem e saiam do palácio municipal sorridentes. Não quero que ninguém fuja de gôndola, que ninguém seja perseguido de motocicleta.

Quero que a grande maioria, a única maioria, todos, possam falar, ler, escutar, florescer”.

Pablo Neruda

RESUMO

A presente monografia busca analisar se há a possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais, frente ao melhor interesse da criança/adolescente e de seu direito à convivência familiar. Em decorrência das inúmeras transformações ocorridas na sociedade brasileira, o ordenamento jurídico começa a valorizar os relacionamentos pessoais baseados no afeto, solidariedade e realização de seus membros, o que conduz à aceitação de outros arranjos familiares não previstos pelo legislador constituinte, especialmente as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Apesar do preconceito, deve-se considerar que os homossexuais podem desenvolver relações afetivas duradouras, de convivência pública e contínua, que objetivem a constituição de uma família, razão pela qual se pretende discutir o direito de adoção por esses casais. Norteando-se pelo posicionamento doutrinário e as discussões calorosas em sede do Poder Judiciário, objetiva-se assegurar aos pares homoafetivos a viabilidade de gerar filhos “do coração”, uma vez que a ausência de disposição legal sobre o assunto dificulta o acesso à paternidade/maternidade socioafetiva. Por fim, o estudo relacionará os princípios jurídicos, a evolução da família e o instituto da adoção, focando em argumentos favoráveis à solução da problemática.

Palavras-chave: Adoção. Preconceito. Homossexuais. Ausência de disposição legal.

ABSTRACT

This monograph seeks to analyze if there is a possibility of adoption of underages by homosexual couples, focusing on the best interest of the child/adolescent and their rights to family life. Due to the numerous changes occurring in Brazilian society, the legal system starts to value personal relationships based on affection, solidarity and achievement of their members, which leads to the acceptance of other family arrangements not covered by the constitutional legislator, especially unions among people of the same sex. Despite the prejudice, we must consider that homosexuals can develop lasting emotional relationships, public and continuous coexistence, which aim to start a family that is why we intend to discuss the right of adoption by those couples. Guided by the doctrinal position and the warm discussions at the Judiciary, the objective is to ensure the viability of homosexual couples to bear children "heart", since the absence of statutory provision on the subject makes access to paternity/maternity socioaffective. Finally, the study will list the legal principles, the evolution of the family and the institution of adoption, focusing on favorable solution to the problematic arguments.

Keywords: Adoption. Prejudice. Homosexuals. No legal provision.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – Artigo

ed. – Edição

nº - Número

p. – Página

Proc. - Processo

REsp – Recurso Especial

v. – Volume

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal de 1988

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

MPRJ – Ministério Público do Rio de Janeiro

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES	14
1.1. PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
1.2. PRINCÍPIO DA “RATIO” DO MATRIMÔNIO E DA UNIÃO ESTÁVEL	15
1.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE	17
1.4. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	19
1.5. PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES.....	20
1.6. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	21
1.7. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	23
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DA ENTIDADE FAMILIAR	25
2.1. FAMÍLIA SOB A INFLUÊNCIA DO DIREITO GRECO-ROMANO E CANÔNICO	25
2.2. FAMÍLIA AOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	29
2.2.1. Espécies de família	30
2.3. FAMÍLIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002	34
2.4. FUNÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA.....	37
3. ADOÇÃO NO BRASIL	39
3.1. ADOÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	39
3.2. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002	41
3.3. ADOÇÃO FRENTE AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	43
3.3.1.Requisitos	45
3.4. FUNÇÃO SOCIAL DA ADOÇÃO.....	48
4. ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS	51
4.1. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	51
4.2. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS ...	56
4.3. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	58
4.4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O instituto família sofreu significativas transformações ao longo dos anos, cabendo ao Direito acompanhar essas mudanças e adaptá-las à vida em coletividade. Com o pluralismo das entidades familiares, as uniões oriundas do casamento entre o homem e a mulher deixaram de ser a única base da sociedade, abrindo espaço para a existência de outros arranjos familiares.

Dentro desse contexto, é de suma importância a discussão sobre o reconhecimento da união homossexual, sujeita a direitos e deveres, cabendo-lhe a proteção estatal e o resguardo ao seu direito de filiação socioafetiva.

O presente trabalho tem como objetivos gerais: reconhecer a União Estável Homoafetiva como entidade familiar sujeita aos mesmos direitos e deveres aplicáveis à União Estável Heteroafetiva; afirmar a grande relevância do direito à convivência familiar e ao melhor interesse da criança e do adolescente na sociedade atual; convalidar a possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais e correlacionar o entendimento jurisprudencial favorável à adoção, independentemente da opção sexual dos adotantes.

Vislumbra-se que a ausência de legislação específica e consolidada sobre a adoção bilateral por par homossexual instabiliza o direito à filiação socioafetiva. Ademais, o entendimento dos tribunais ainda não é pacífico quanto a possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais, tampouco houve regulamentação pelo legislador constituinte acerca dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Sendo assim, o reconhecimento da União Homoafetiva como entidade familiar possibilitaria a adoção conjunta pelos casais homossexuais?

Sugere-se que em resposta a essa problemática, seja criado um diploma legal que admita expressamente a União Estável entre pessoas de mesmo sexos, bem como a regularização da adoção conjunta por esses casais. Por oportuno, é importante a abordagem positiva do instituto como medida social de amparo aos menores, possibilitando a convivência familiar, o vínculo afetivo e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Para uma melhor abordagem das questões que permeiam o instituto da adoção bilateral por casais homossexuais, a presente monografia foi dividida em

quatro capítulos.

O primeiro capítulo propõe a análise de alguns princípios norteadores das relações familiares, para fins de aplicação do novo conceito de família proposto pelo legislador constituinte.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da evolução histórica e social da entidade familiar, abrangendo a influência do direito greco-romano e canônico e as alterações legislativas previstas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Novo Código Civil de 2002, conceituando as novas espécies de família e valorizando a sua atual função.

O terceiro capítulo preconiza a adoção no Brasil, verificando as principais alterações legislativas referentes ao instituto, compreendendo os requisitos e procedimentos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e enfatizando a função social da medida.

Enfim, o quarto capítulo discute a parte mais relevante do presente trabalho. Nesse capítulo, busca-se analisar a possibilidade de inclusão da União Homoafetiva nas hipóteses previstas para a adoção de crianças e adolescentes, sempre com respeito à convivência familiar e ao melhor interesse do adotando. Além disso, serão levantados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à problemática em discussão.

Frisa-se que a presente pesquisa foi desenvolvida a partir da análise jurídica teórica da evolução da família e da adoção no sistema pátrio vigente. O método utilizado foi o dedutivo, uma vez que o raciocínio partiu da visão geral sobre as novas espécies de família, atingindo os requisitos e exigências para a adoção e alcançando a possibilidade jurídica de adoção por pares homossexuais calcada nos recentes entendimentos jurisprudenciais do STJ e STF.

Quanto à técnica de pesquisa foi escolhida a bibliográfica, posto que, haverá um levantamento de doutrinas, legislações e jurisprudências, onde se pretende demonstrar a viabilidade da União Estável Homoafetiva e sua conseqüente legitimidade para adoção de crianças e adolescentes.

Por último, o enfoque foi exploratório, na medida em que aborda as conseqüências jurídicas da ausência de legislação específica e consolidada sobre o

reconhecimento da União Estável Homossexual como entidade familiar e o seu acesso à filiação socioafetiva.

1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O novo conceito de família proposto pelo constituinte conferiu “à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade”. (GONÇALVES, 2012, p.21-22)

Por isso, antes de adentrar ao mérito da discussão jurídica sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais, faz-se necessária a análise de princípios norteadores das relações familiares, tais como: dignidade da pessoa humana, “ratio” do matrimônio e da união estável, igualdade, pluralismo das entidades familiares, afetividade, proteção integral da criança e do adolescente etc.

1.1. PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial comum a todas as pessoas, por serem membros iguais do gênero humano, “impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”. (LÔBO, 2011a, p.60)

Trata-se do princípio maior do Estado Democrático de Direito, sendo enunciado logo no primeiro artigo da Constituição Federal. Verifica-se que a preocupação do constituinte em promover os direitos humanos e a justiça social, terminou por consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. (SARMENTO, 2000, p.58 *apud* DIAS, 2011a, p.62)

Todavia, “é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações”. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.6)

Para Maria Helena Diniz (2013, p.37), o respeito à dignidade humana é a base para a constituição da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), “tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art.227)”.

Dessa forma, tal princípio deve ser observado em todas as relações jurídicas, especialmente, nas privadas familiares, pois garante a proteção da vida e

da integridade biopsíquica de seus membros, pregando o respeito e o asseguramento dos direitos da personalidade. (LISBOA, 2012, p.36)

Ora, o ramo do Direito Privado que apresenta a maior ingerência ou atuação dos preceitos da dignidade da pessoa humana, é sem dúvidas, o Direito de Família. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.6)

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro & Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p.33), preconizam que:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

É somente por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no ceio familiar.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana significa tratamento igualmente digno para todas as entidades familiares, não permitindo distinções entre as várias formas de filiação ou os vários tipos de constituição de família. (PEREIRA, R., 2006, p.72 *apud* DIAS, 2011a, p.63)

Por último, o respeito à dignidade da pessoa humana é fundamental para o alcance da plenitude familiar, uma vez que o tratamento digno para com o semelhante garante o seu correto desenvolvimento psíquico, acarretando na compreensão e respeito aos direitos e deveres de cada parte, bem como a sua realização pessoal.

1.2. PRINCÍPIO DA “RATIO” DO MATRIMÔNIO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Segundo este princípio, a comunhão plena de vida se fundamenta na afeição entre os cônjuges ou conviventes, nos termos do art.1.511 do Código Civil. Nessa linha, a dissolução do casamento e da união estável decorreria tão somente da extinção da *affectio* entre marido e mulher ou entre conviventes, e não por culpa de um de seus membros. (GONÇALVES, 2012, p.24-25)

Como assinala Maria Helena Diniz (2013, p.33), a entidade familiar é regida pela afeição entre seus membros, possuindo valor imprescindível para a sua constatação, eis que:

O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliado ao dever de ser leal e solidário.

É nessa esteira que a Carta Magna de 1988 visa flexibilizar o conceito de unidade familiar, posto que o modelo de aglutinação formal composto por pais e filhos legítimos durante a instituição do casamento restou ultrapassado pela concepção da família moderna. Por conseguinte, os arranjos familiares se baseiam no liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos - havidos ou não na convivência conjugal – e se destinam inteiramente a realização espiritual e ao desenvolvimento da personalidade de seus membros. (TEPEDINO, 1997, p.50 *apud* GONÇALVES, 2012, p.24)

Com a priorização da convivência familiar, surgiram novas espécies de entidades familiares sujeitas aos mesmos direitos e deveres dos grupos formados pelo matrimônio ou união estável, tais como a família monoparental e a família substituta. Observa-se, portanto, que a sociedade moderna está sendo conduzida para o modelo da família socioafetiva, com a primazia dos laços afetivos sobre os elementos meramente formais. (PEREIRA, C., p.6 *apud* GONÇALVES, 2012, p.24)

Frisa-se, ainda, que é vedado “a qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão plena de vida instituída pela família”, nos ditames do art.1.513 do Código Civil. (GONÇALVES, 2012, p.25)

Em suma, a perpetuidade da entidade familiar é caracterizada pela satisfação espiritual, afetiva e material de seus membros. Alcançada, assim, a comunhão plena de vida, os cônjuges ou conviventes se tratarão de forma mais humana e igualitária, respeitando os direitos e deveres pertinentes a cada um.

1.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É um dos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito, “assegurando tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos em âmbito social”. (DIAS, 2011a, p.65)

Verifica-se que a Carta Magna ao proclamar o princípio da igualdade abordou os direitos e deveres entre o homem e a mulher na constância do casamento ou união estável, o tratamento adequado para todos os filhos, bem como o exercício da chefia familiar.

A igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros, em relação aos seus direitos e deveres, é afirmada pelo art.226, §5º, da Constituição Federal, *verbis*: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Consta-se, então, que o objetivo do constituinte ao redigir o aludido dispositivo foi promover um modelo de instituição familiar adequado à sociedade atual, onde o patriarcalismo, o poder marital e o sistema de encapsulamento da mulher não mais coadunavam com os avanços tecnológicos e sociais e as funções da mulher na família. (GONÇALVES, 2012, p.23)

De acordo com Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p.14), o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros vai além dos direitos e deveres, não permitindo qualquer distinção decorrente do sexo. Eis suas considerações:

Consigne-se que o art.1º do atual Código Civil utiliza a expressão *pessoa*, não mais o termo *homem*, como fazia o art.2º do CC/1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica. Especificamente prevê o artigo 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art.226,§3º, da CF/1988 e pelos arts.1.723 a 1.727 do atual Código Civil.

Assim, “os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro”. (DINIZ, 2013, p.35)

Quanto ao preceito de igualdade jurídica de tratamento aos filhos, consubstanciado no art.227,§6º, da CF/88 e art.1.596 do CC, se estabelece a

absoluta isonomia entre a prole, uma vez que “hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”. (GONÇALVES, 2012, p.24)

Com a leitura dos dispositivos em apreço, observa-se que qualquer designação discriminatória relativa aos vínculos de filiação foi proibida pela supremacia do princípio da igualdade, posto que “o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais”. (DIAS, 2011a, p.65)

Portanto, o princípio da igualdade entre filhos dispõe na ordem familiar a isonomia constitucional em seu sentido amplo:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipóteses alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.13-14)

Insta consignar que não são mais permitidas as distinções entre filhos legítimos, naturais e adotivos quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; que os filhos havidos fora do casamento podem ser reconhecidos a qualquer tempo; que se proíbe qualquer referência à filiação ilegítima no assento de nascimento; bem como se veda as designações discriminatórias relativas à filiação. (GONÇALVES, 2012, p.24)

Resta elucidar, no que tange ao exercício da chefia familiar, que tanto o homem como a mulher devem viver em um regime democrático de colaboração, em que até os filhos podem opinar.

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão *despatriarcalização do Direito de Família*, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do *pai de família* (*pater familias*), não podendo sequer se utilizar a expressão *pátrio poder*, substituída por *poder familiar*. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.17)

Para Maria Helena Diniz (2013, p.37), “o poder familiar é considerado como um poder dever”, já que o caráter paritário da sociedade dos tempos modernos e o poder por ela exercido substituem a figura marital e paterna no seio da família, razão pela qual a locução *pátrio poder* não mais se adequa à realidade social.

Vislumbra-se que o objetivo do exercício igualitário do poder familiar é promover uma relação entre pais e filhos que não seja ditatorial, violenta ou explosiva, além de se fazer valer o melhor interesse dos filhos quanto às atribuições impostas pelo art.1.634 do CC. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.17)

Com isso, se verifica que o princípio da igualdade tem como objetivo fundamental proteger o ser humano de ações discriminatórias, uma vez que a ascensão da mulher no mercado de trabalho exigiu a igualdade de direitos, de expressão e de opinião em relação ao homem, assim como a falta de proteção para a prole não havida nas relações conjugais necessitou de abordagem especial.

1.4. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade social é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária”, sob o argumento do art.3º, inciso I, da CF/88. Por decorrência desse princípio as relações familiares também devem ser regidas pela solidariedade entre seus membros. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.11)

É importante ressaltar que a solidariedade social deve ser analisada sob dois aspectos: externo e interno. Externamente, caberia ao poder público e à sociedade civil a implementação de políticas de atendimentos às famílias mais abastadas e aos marginalizados. Já, internamente, cada membro da unidade familiar teria que cooperar para que o outro consiga alcançar o mínimo desejável para o seu desenvolvimento biopsíquico. (LISBOA, 2012, p.36)

Corroborando com esse entendimento, Osvaldo Rocha Torres (2009, p.400), aduz que:

A construção de uma sociedade solidária, como projetada pelos constituintes em concretização a um anseio da nação, pressupõe o abandono ao egoísmo exagerado, ao individualismo cruel e, evidentemente,

o assumir de cada um de nós de responsabilidades sociais em relação à coletividade, em especial àqueles menos favorecidos.

É evidente que o direito não tem o poder de adentrar a mente e o coração das pessoas para impor-lhes a generosidade e o viver em comunhão com o próximo de maneira objetiva. Todavia, ele pode e deve condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas. Construir uma sociedade é tarefa árdua, mas não é solitária. Não é apenas o Estado o responsável. Todos nós somos e devemos assumir o nosso papel, nossa obrigação enquanto sociedade organizada sem esquecermos da pessoa humana, de seus valores, da liberdade e da democracia.

Por igual ilustrando, a lei civil consagra o princípio da solidariedade ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511) e a obrigação alimentar recíproca entre os integrantes da família (CC 1.694). “Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigí-la daquele a quem se negou a prestar auxílio”. (DIAS, 2011a, p.67)

Logo, o ato de solidariedade no âmbito das relações familiares possibilita uma vida mais harmoniosa em sociedade, uma vez que todos terão os seus direitos e deveres respeitados pelos seus semelhantes, diminuindo o encargo do Estado em satisfazê-los.

1.5. PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

A pluralidade de modelos familiares deve repercutir em efeitos jurídicos, não mais exigindo a sua instituição por exclusividade do matrimônio, “de tal maneira a ser considerada discriminação injustificada um tratamento inferior a qualquer uma das possibilidades viáveis de formação familiar segundo os valores do atual sistema jurídico”. (MATOS, 2011, p.946)

Por conseguinte, “procura-se estabelecer a regulação de um relacionamento dantes completamente marginalizado, e que gera efeitos destacados sobre a prole dele resultante e a própria sociedade”. (LISBOA, 2012, p.37)

É sob esse enfoque que Maria Berenice Dias (2011a, p.40) afirma que:

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a

albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.

Nota-se, que por força do contexto axiológico, a família pluralista torna-se propícia a comunhão de afeto e a afirmação da dignidade humana, tudo sob influência dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade.

Portanto, o fator que passa a exercer o papel denominador comum de qualquer núcleo familiar é o afeto, constante e espontâneo, o vínculo que liga as pessoas que integram o grupo familiar, que se traduz em plena comunhão de vida, voltada para o desenvolvimento da personalidade e para a realização de seus membros. É esse aspecto que representa o dado unificador de todas as formas familiares, pois o que toda entidade familiar deve ter em comum é sua função de servir ao desenvolvimento da pessoa. (RESENDE & SILVA, 2009, p.152)

É mister que a exclusão do âmbito da juridicidade das entidades familiares compostas “a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e matrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça” (DIAS, 2011a, p.67-68)

Enfim, as novas espécies de família se moldam pelas características pessoais de seus componentes, já que a busca pelo reconhecimento depende do desenvolvimento de seus vínculos afetivos e da concretização de seus direitos personalíssimos.

1.6. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A afetividade é um dever imposto aos pais e filhos e aos parentes entre si, “em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência”. (LÔBO, 2011a, p.71-72)

Este princípio “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas, de natureza cultural ou sociológica, com primazia sobre a ordem biológica, principalmente na filiação”. (LÔBO, 2011b, p.48)

O princípio da afetividade, como conseqüência imediata do respeito à dignidade da pessoa humana, norteia as relações familiares e a solidariedade familiar. (DINIZ, 2013, p.38)

A priori, “o novo olhar sobre a sexualidade valorou os vínculos conjugais, sustentando-os no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica, atribuindo valor jurídico ao afeto”. (DIAS, 2011a, p.71)

Compartilhando do mesmo entendimento, Paulo Lôbo (2011b, p.51) aponta quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade previstos na Constituição Federal brasileira: (a) a igualdade para todos os filhos, independentemente da origem (art.227,§6º); (b) a adoção como escolha afetiva dotada de igualdade de direitos (art.227,§§5º e 6º); (c) o reconhecimento da dignidade familiar da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos (art.227,§4º); (d) a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art.227).

Consigne-se que o Código Civil também valoriza o afeto em algumas de suas passagens: (a) a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511); (b) a admissão de filiação distinta ao parentesco natural e civil (CC 1.593); (c) a igualdade na filiação (CC 1.596); (c) a irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604); e (e) a primazia das questões pessoais sobre as patrimoniais no que tange ao casamento e a sua dissolução. (WELTER, 2003, p.49 *apud* DIAS, 2011a, p.71)

Ainda a respeito da valorização do afeto como alicerce do parentesco civil, Paulo Lôbo (2011b, p.49) assevera que:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual já não é, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade do Século XX. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988.

O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. (...) Em suma a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Em síntese, o vínculo afetivo é criado a partir da convivência entre os integrantes da entidade familiar, não sendo a comprovação da origem genética suficiente para assegurar à prole o amor e o carinho que tanto merece. Assim, o reconhecimento jurídico do afeto proporciona a estrutura de uma família mais consciente quanto ao melhor interesse de sua filiação.

1.7. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A doutrina da proteção integral insculpida no art.227 da Constituição Federal consagra a primazia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, vedando designações discriminatórias entre os filhos e impondo o dever de proteção aos seus responsáveis. (DIAS, 2011a, p.68)

Conforme assinala Paulo Lôbo, “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”. (LÔBO, 2011a, p.77)

Em reforço, o art.3º do ECA determina que:

Art. 3º ECA. 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.

Parte-se da concepção de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, pela condição de pessoas em desenvolvimento, o que os faz destinatários de um tratamento especial. (DIAS, 2011, p.68; LÔBO, 2011a, p.75)

Assim sendo, o sistema nacional deve garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, “não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança”, mas os seus direitos fundamentais. (COELHO *apud* CURY & SILVA, 2010, p.17-18)

Complementando o preceito do Texto Maior, o art.4 do ECA enuncia que:

Art.4º ECA. 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.

Assevera-se que a legislação infraconstitucional (ECA) fixou o critério de “absoluta prioridade à tutela de formação da personalidade do filho, ainda que se faça em detrimento da vontade dos pais (art.43)”. (PERES, 2006, p.110)

Em verdade o princípio do melhor interesse é um reflexo da doutrina de proteção integral dos menores, tecendo ponderações sobre as relações de pais e filhos, seja na convivência familiar, seja na solução das lides familiares advindas da separação dos genitores. (LÔBO, 2011a, p.75-76)

O poder familiar existe em função e no interesse do filho, portanto, qualquer decisão a ser tomada deve considerar o melhor interesse da criança e do adolescente. (LÔBO, 2011a, p.75)

Não basta que a criança e o adolescente tenham “uma família estruturada, uma boa escola, a garantia de uma saudável alimentação e de satisfatória assistência médica”, faz-se necessária a compreensão de seus desejos, a promoção de vínculos afetivos estáveis, o desenvolvimento da auto-estima e autoconfiança, o incentivo ao convívio social, à comunicação e ao diálogo aberto. (NOVAES, 2000, p.526 *apud* PERES, 2006, p.130)

Dessa maneira, o infante deve viver em ambiente familiar que satisfaça o seu melhor interesse, respeitando a sua vulnerabilidade e fragilidade, de modo que proporcione condições satisfatórias para o seu desenvolvimento psicossocial.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DA ENTIDADE FAMILIAR

De acordo com Clayton Rosa de Resende e Marina Lisa Cruz Silva (2009, p.147), “o organismo familiar sofreu profundas alterações em seus conceitos, principalmente nesta nova era em que os valores fundamentais da pessoa humana passaram a ser a tônica de qualquer discussão”.

Isto posto é imprescindível retratar a evolução histórica e social da entidade familiar, ponderando acerca da influência greco-romana e canônica no direito de família, abarcando as alterações legislativas introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, definindo as novas espécies de família, além de estimar a função atual da unidade familiar.

2.1. FAMÍLIA SOB A INFLUÊNCIA DO DIREITO GRECO-ROMANO E CANÔNICO

O direito de família passou por várias transformações históricas, culturais e sociais, baseando-se na estrutura da família patriarcal, progredindo para a visão canônica de instituição matrimonializada e alcançando o atual conceito de entidade familiar formada exclusivamente pelos vínculos afetivos desenvolvidos entre as partes.

Nas civilizações antigas, tanto os gregos como os romanos consubstanciaram a estrutura familiar e o casamento no dever cívico e na formação da prole. (LISBOA, 2012, p.23)

Para os gregos, a família era composta pelo grupo de pessoas que se reunia para cultuar os seus deuses de manhã e ao cair da tarde, juntamente, com os cônjuges e seus descendentes. (LISBOA, 2012, p.32-33)

Como lembra Paulo Dourado Gusmão (1985, p.561 *apud* RIZZARDO, 2011, p.10):

(...) A família grega antiga, disciplinada por direito não escrito, é o grupo social, político, religioso e econômico, com sede na casa em que reside o ancestral mais velho, chefe da família investido de poderes absolutos e sacerdotais, que mantém a sua unidade e dispõe das pessoas e dos bens, e conserva a religião doméstica, transmitindo-o às novas gerações e às que a ela passam a pertencer, bem como, através do casamento de seus descendentes, com pessoas por eles escolhidas, possibilita, pela procriação, a perpetuação da mesma.

Nota-se que a concepção grega de família teve suma importância na organização do direito romano, perfazendo na criação da autoridade do *pater familias* e de seu poder sobre os demais membros do grupo.

Em Roma, o *pater familias* era considerado o líder religioso, político, econômico e cultural, detendo o poder de vida e morte sobre os filhos e demais integrantes da família, além do *manus* exercido sobre a esposa.

À título de exemplo, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.31) assinala algumas situações em que imperava o poder do *pater familias*:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

É importante ressaltar que “os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados”, sendo esse culto dirigido pela figura do *pater familias*. Então, “a mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar do seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas”. (VENOSA, 2011, p.4)

Em sentido amplo, a família romana abrangia os descendentes de um tronco ancestral em comum; os sujeitos unidos por laços de parentesco e/ou afinidade, os cônjuges e os seus descendentes, inclusive de gerações posteriores à dos filhos; o grupo de pessoas que vivia sob o sistema de economia comum com moradia no mesmo lugar; além do grupo de pessoas que se reunia diariamente para o culto dos deuses no altar doméstico. (LISBOA, 2012, p-33)

Ocorre que não se considerava o parentesco pelo laço da mulher, sendo o filho estranho à família de origem materna, enfatizando o modelo de família patriarcal propriamente dita. (RIZZARDO, 2011, p.9)

Assevera-se que somente o filho fruto do casamento religioso é que poderia ser o perpetuador do culto familiar, uma vez que “as uniões livres não possuíam o *status* de casamento, embora se lhes atribuísse certo reconhecimento jurídico”. (VENOSA, 2011, p.4)

Inicialmente, o patrimônio familiar era administrado pelo próprio *pater*. Todavia, com a sua morte, cabia ao ascendente comum vivo mais velho ser o chefe político, sacerdote e juiz; comandando e oficiando o culto doméstico, bem como a distribuição da justiça. (GONÇALVES, 2012, p.31)

Essa concepção de unidade familiar, moldada pelo poder absoluto do patriarca, entrou em declínio como o imperador Constantino, visto que irrompeu no direito romano a visão canônica da família. (RIZZARDO, 2011, p.10)

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.32) apresenta interessantes ponderações a respeito da essência do casamento na geração romana e canônica:

Em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas, no entanto, opuseram-se à dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*.

Levando em conta as particularidades do direito canônico, observa-se que “o casamento tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como finalidade a procriação e criação dos filhos”. (VENOSA, 2011, p.10)

Por outro lado, o direito de família canônico através de normas imperativas - inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca – impôs regras de convivência com penalidades rigorosas aos membros da família. Sendo o casamento a pedra fundamental da unidade familiar, que deveria ser ordenada e comandada pelo marido. (VENOSA, 2011, p.9)

Acerca do direito canônico e de sua imposição de sociedade marital, Clayton Rosa de Resende e Marina Lisa Cruz Silva (2009, p.148) ensinam que:

Ao longo da história, a família sempre foi marcada por um conceito sacralizado, ligada à idéia de indissolubilidade, por ser considerada a base da sociedade. Afirmada a sua origem no Direito Natural, as relações afetivas foram primeiro apreendidas pela religião, que as solenizou com

união divina. Por isso, o Direito de Família sempre foi o campo do direito mais influenciado por idéias morais e religiosas. Nesse ínterim, o Estado, buscando o estabelecimento de padrões de estrita moralidade e objetivando regulamentar a ordem social, solenizou os vínculos afetivos, transformando a família em uma instituição matrimonializada. O modelo tradicional sempre foi o patriarcal, centrado nos poderes paternos e na continuidade patrimonial, sendo prestigiado exclusivamente o vínculo heterossexual.

Frisa-se que “o cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, pondo em relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cerceando-a de solenidades perante a autoridade religiosa”. (VENOSA, 2011, p.4)

Há que se considerar que o Estado que elege o modelo de família matrimonial e o consagra como a única forma aceitável de comunhão de vida, “através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados como o padrão moral majoritário”. (DIAS, 2011a, p.74)

Complementando, Maria Berenice Dias (2011a, p.74-75) entende que:

Na tentativa de desestimular atitudes que afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega-se juridicidade a quem afronta o normatizado. Mas com essa postura negam-se não só direitos – nega-se a existência de fatos, Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito do sistema jurídico. Mas situações reais não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.

É notório que a família brasileira sofreu influência do direito greco-romano e canônico, tendo em vista que até pouco tempo imperava o modelo patriarcal de unidade familiar sacralizada pelo matrimônio religioso, onde a figura máscula do homem provia o sustento da casa, esposa e filhos havidos no casamento.

Contudo, a sociedade brasileira moderna, não mais se coaduna a esse modelo patriarcal, sacralizado e dogmático, uma vez que as profundas transformações históricas, sociais e culturais abriram espaço para a existência de outros arranjos familiares consubstanciados na liberdade, igualdade e afetividade.

2.2. FAMÍLIA AOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As mudanças socioeconômicas e a maior participação popular na política contribuíram decisivamente para a repersonalização das atuais relações familiares, acarretando na “necessidade de revisão de diversos institutos jurídicos, cujas premissas tiveram de ser de modo necessário parcialmente alteradas”. (LISBOA, 2012, p.28-29)

Em outras palavras, Clayton Rosa Resende e Marina Lisa Cruz Silva (2009, p.149) alegam que:

As mudanças pelas quais, no último século, passou – e tem passado – o Direito de Família levaram a uma revalorização da pessoa humana, não em seu aspecto individualista, mas agregando à ideia de sujeito, a noção de cidadania. O Direito de Família contemporâneo é marcado por uma “despatrimonialização” e “repersonalização”, visando superar o sujeito – abstrato – de direito, com a construção e valorização do sujeito concreto. Essa “repersonalização” está no fato de que o ser humano é o novo protagonista do ordenamento jurídico, fazendo com que as situações patrimoniais se submetam às situações existenciais. A pessoa deve ser respeitada na sua individualidade. As relações patrimoniais, a partir de então, só serão válidas se não houver ofensa à pessoa humana.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o casamento deixou de ser o único meio de constituição da família legítima, inserindo expressamente a criação de “outras espécies familiares – diferente da velha estrutura: pai, mãe e filhos – como núcleos familiares legítimos e passíveis de proteção (art.226)”. (RESENDE & SILVA, 2009, p.148)

O art.226, da Constituição Federal assegura à família a proteção especial do Estado, empregando o vocábulo “família” em sentido *lato sensu*, abrangendo tanto aquela “assentada no casamento, na união estável entre o homem e a mulher” (art.226, §3º), como também o “grupo de parentes, quer de origem sanguínea (pai ou mãe com filhos), quer de origem civil (mãe ou pai adotivo com filha ou filho adotivo)”. (art.226, §4º) (RIZZARDO, 2011, p.7 - 8)

Outrossim, se consagra a igualdade jurídica entre homem e mulher (art.226, §5º), sendo afastada “qualquer discriminação de pessoas em função do sexo, ou a discriminação no tratamento jurídico do marido e da mulher (art.5º, inc.I)”. Ademais, firma-se a isonomia de tratamento entre os filhos havidos ou não na constância do casamento. (RIZZARDO, 2011, p.8)

No tocante ao planejamento familiar, compete ao Estado apenas propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo de livre decisão do casal os critérios a serem adotados para a paternidade responsável, “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares” (art.226, §7º) (PEREIRA, C., 2004, p.37 *apud* GONÇALVES, 2012, p.33)

Quanto à assistência direta à família, determina o §8º, do art.226 da Carta Magna que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Nessa consonância, todos os órgãos, instituições e categorias sociais devem empenhar esforços e obter os recursos necessários para que a norma constitucional seja efetivada, erradicando a miséria absoluta que ronda parte da população nacional. (GONÇALVES, 2012, p.33)

Na contemporaneidade, não há que se falar em um modelo exclusivo de entidade familiar, pois o que se sobrepõe no relacionamento pessoal é o espírito de solidariedade, afetividade e igualdade entre os membros, a comunhão de objetivos e a adequação daquela estrutura familiar a sua vida em sociedade. Tudo isso caracteriza o pluralismo dos arranjos familiares.

2.2.1. Espécies de família

A nova ordem constitucional que sustenta todo o Direito de Família contemporâneo tem como alicerce a aplicação de princípios baseados em dois aspectos primordiais: “a alteração do papel atribuído às entidades familiares e a alteração do conceito de unidade familiar”. (RESENDE & SILVA, 2009, p.149)

Por esse motivo, a família passou a ser o gênero, do qual a entidade familiar é espécie. (LISBOA, 2012, p.34).

A Carta Magna, em seu art.226, estabelece os seguintes meios para a instituição da família:

- Casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art.226, §§1º e 2º).
- União estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art.226, §3º). A união estável está regulamentada nos arts.1.723 a 1.727 do CC, sem prejuízo de outros dispositivos da atual codificação.

- Entidade monoparental, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos seus pais e seus descendentes (art.226,§4º). Não há qualquer regulamentação específica dessa entidade no Código Civil ou em outra lei especial.(TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.26-27)

Diante do exposto, revela-se de extrema importância a exposição de comentários sobre a nova concepção de família constitucional.

Primeiramente, a respeito da família constituída formalmente, pelo casamento civil, faz-se necessária a união solene entre sujeitos de sexos diferentes, que em princípio será indissolúvel, com o objetivo de satisfazer os seus interesses personalíssimos e da eventual prole. (LISBOA, 2012, p.34 e 67).

Em relação à constituição da união estável, averigua-se uma “situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem, caracterizando uma entidade familiar”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.460)

Ainda no que interessa à entidade monoparental, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.22 *apud* TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.27) leciona que “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem e mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças.”

Na opinião de Maria Helena Diniz (2013, p.27), existem três espécies de família reconhecidas juridicamente, conforme sua constituição pelo matrimônio, companheirismo ou adoção, sob relevância dos arts. 226,§§ 1º a 4º, e 227,§6º, da Constituição Federal, art.20 da Lei nº 8.069/90 e art. 1.596 do atual Código Civil:

Deve-se, portanto, vislumbrar na *família* uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada, não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

Verifica-se que alguns civilistas, dentre eles, Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz, entendem que as formas familiares elencadas nos parágrafos do art.226 da Constituição da República constituem *numerus clausus*, não abrangendo interpretação ampliativa para outros arranjos familiares. (RESENDE & SILVA, 2009, p.149)

Todavia, esse posicionamento não merece prosperar.

O simples fato de o constituinte ter se limitado a prever três categorias de entidades familiares não pode se constituir numa proibição de reconhecimento de outras entidades familiares, já que o ordenamento jurídico, ao regular determinadas categorias (o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a relação entre o ascendente e o descendente), não excluiu a possibilidade da existência de outras (outras relações monoparentais, as uniões homoafetivas etc.).(LISBOA, 2012, p.35)

Ora, a entidade familiar apresenta a vocação de promover “a dignidade e a realização de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.44)

Dessa maneira, o conceito trazido pelo caput do art.226 deve ser interpretado como plural e indeterminado, constituindo uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Restando claro que uma vez concretizados os tipos familiares, não de merecer, de forma igualitária, a especial proteção do Estado. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.44)

Nesse sentido, Clayton Rosa de Resende e Marina Lisa Cruz Silva (2009, p.149) prelecionam que:

O certo é que o pluralismo familiar, além de ser uma realidade, tornou-se princípio do ordenamento jurídico vigente e a proteção estatal não poderá se restringir às espécies familiares enumeradas na Constituição da República, diante das inúmeras entidades que se podem constituir – e de fato constituem – em uma sociedade plural como a contemporânea.

Há que se considerar que as pessoas, ao constituírem seus grupos familiares, não perguntam se o Estado lhes dará proteção. Elas simplesmente se unem, movidas pelos mais diversos motivos, criando os núcleos familiares que melhor lhes convêm e que nem sempre se adequam àqueles expressamente contemplados pela Carta Magna e pela legislação infra-constitucional.

Convém esclarecer, que as entidades familiares consubstanciadas nos parágrafos do art.226 do Texto Constitucional são meramente exemplificativas, merecendo referência expressa por serem as mais comuns. Os demais modelos familiares são considerados tipos implícitos, visto que foram abarcados pelo conceito amplo e indeterminado de família previsto no caput. Na experiência da vida, a concretização desses tipos indeterminados, conduz à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002)

O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

(...) A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana. (LÔBO, 2002)

Tem-se, portanto, a inadmissibilidade de um sistema familiar fechado, eis que a norma constitucional deve ser interpretada de modo a buscar a maior eficácia possível, prevalecendo sobre expressivo alcance social e conferindo efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.45-47).

Nessa linha de idéias, Maria Berenice Dias (2011a, p.44-55), traz os seguintes modelos de família:

- a) Família matrimonial: solenizada pelo casamento.
- b) Família informal: constituída pela união estável.
- c) Família homoafetiva: união entre pessoas do mesmo sexo, já reconhecida por nossos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento homoafetivo (ver Informativo nº 486 do STJ e Informativo nº 625 do STF) (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.28)
- d) Família monoparental: constituída pelo vínculo familiar de qualquer um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado.
- e) Família parental: é a “convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito”, sendo esse conceito criado por Sergio Resende de Barros (2003 *apud* DIAS, 2011a, p.48), em seu artigo Direitos humanos da família: principais e operacionais. Acrescentando, o renomado professor faz as seguintes ponderações sobre a família anaparental: “que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. De origem grega, o prefixo ‘ana’ traduz idéia de privação. Por exemplo, ‘anarquia’ significa ‘sem governo’. Esse prefixo me permitiu criar o termo ‘anaparental’ para designar a família sem pais.” (BARROS, 2003)
- f) Família pluriparental: resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões (FERREIRA & RÖRHMANN, 2006, p.580 *apud* DIAS, 2011a, p.49)
- e) Família paralela: são as uniões de afeto concomitantes a um casamento e/ou união estável que acabam por infringir o dogma da monogamia. Trata-se do concubinato adúltero, que é alvo de grande reprovação social.
- f) Família eudemonista: entidade familiar identificada pelo envolvimento afetivo, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. (WELTER, 2003, p.32 *apud* DIAS, 2011a, p.55)

Destaca-se que a tendência é de valorizar o afeto e a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.29). A despeito desse posicionamento, é relevante o conceito de família proposto por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que entende tratar-se de “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. (2011, p.45 *apud* TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.29)

É a partir da análise do vínculo que une os integrantes do grupo, que se permite “enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação”. (DIAS, 2011a, p.43)

Então, devem ser “admitidas no Direito das Famílias todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art.226 da Carta Maior” (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.47)

Insta consignar que a nova concepção constitucional de família buscou eliminar o caráter meramente reprodutivo dos relacionamentos particulares, valorizando o liame de afetividade entre seus integrantes, assim como a realização pessoal e respeito à dignidade humana.

Não se deve encarar a entidade familiar como uma taxatividade do legislador constituinte, muito menos cerrar os olhos para os outros arranjos familiares que se adaptaram aos avanços da sociedade brasileira.

2.3. FAMÍLIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma notória reformulação dos princípios do direito de família, o que abalou as disposições anteriormente previstas no Projeto de Código Civil. Tiveram, então, que ser realizadas todas as modificações necessárias para que o novo Código Civil entrasse em vigor.

Em detalhes, Maria Berenice Dias (2011a, p.31) explica que:

O Código Civil – que ainda se costuma chamar de novo – entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. O projeto original data de 1975, sendo anterior, inclusive, à Lei do Divórcio, que é de 1977. Tramitou pelo Congresso Nacional antes de ser promulgada a Constituição Federal, em 1988, que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em completo descompasso como o novo sistema jurídico, o projeto necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se às diretrizes ditadas pela Constituição. Daí o sem-número de emendas que sofreu, tendo sido bombardeado por todos os lados. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, certas regras de direito preexistentes. Assim, o “novo” Código, embora bem-vindo, chegou velho.

É imperioso que o Código Civil de 2002 não impõe um conceito unitário de família. (NADER, 2010, p.4)

Em suas Disposições Gerais, a família pode ser constituída pelo casamento, união estável e/ou por um dos genitores e sua prole. Não há mais o caráter de legitimidade conferido exclusivamente à família oriunda do casamento civil. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.30)

Desde logo enfatizou a igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 1.511 CC), resultando em paridade de exercício do poder familiar e da sociedade conjugal. (GONÇALVES, 2012, p.34)

Em razão da autonomia da comunhão de vida conferida à família, com a vedação de interferências externas - quer de ordem privada ou pública -, compete aos pais decidir as regras de planejamento familiar quanto à prole, a teor dos arts. 1.513 c/c 1.565, §2º, todos do Código Civil de 2002. (RIZZARDO, 2011, p.14-15)

Realmente, desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros.

No entanto, a liberdade vai até onde não ofendidos princípios superiores e constitucionais, como os relativos à obrigatoriedade do ensino aos filhos, à proibição de práticas ofensivas à moral, à abstenção de atitudes públicas inconvenientes. (RIZZARDO, 2011, p.14-15)

O novo diploma corrigiu as falhas da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, mais comumente conhecida como Lei do Divórcio, eliminando as conseqüências da culpa na separação judicial contenciosa e rompendo com a prevalência feminina sobre a guarda dos filhos. Por conseguinte, “houve a diminuição de prazos para a dissolução consensual da sociedade conjugal e para aquela baseada na doença mental do cônjuge”. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.30)

A incidência do tratamento isonômico entre os filhos teve o condão de impedir as distinções discriminatórias fundadas na natureza do vínculo que une os pais (casamento ou união estável), além de obstar diferenciações provenientes de sua origem biológica ou não (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.54).

De fato, a não discriminação de filhos, veio a suprimir a “vedação de reconhecimento da maternidade de filho havido antes do casamento e prazos prescricionais da contestação da paternidade pelo marido”. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.30)

Por outro ângulo, o art.1.593 do Código Civil rompeu com o princípio da verdade real associado à origem biológica da prole, ao estabelecer que: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Desse modo, os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles de origem biológica ou de natureza diversa, apresentam a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade. (LÔBO, 2011a, p.72)

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.34) menciona outras inovações introduzidas no direito de família:

(...) atenua o princípio da *imutabilidade do regime de bens* no casamento; limita o parentesco, na linha colateral, até o *quarto grau*, por ser este o limite estabelecido para o direito sucessório; introduz novo regime de bens, em substituição ao regime dotal, denominado regime de *participação final nos aquestos*; confere nova disciplina à matéria de *invalidade do casamento*, que corresponde melhor à natureza das coisas; introduz nova disciplina do *instituto da adoção*, compreendendo tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos; regula a dissolução da sociedade conjugal, revogando tacitamente as normas de caráter material da Lei do Divórcio, mantidas, porém, as procedimentais; disciplina a *prestação de alimentos* segundo nova visão, abandonando o rígido critério da mera garantia dos meios de subsistência; mantém a instituição do *bem de família* e procede a uma revisão nas normas concernentes à tutela e à curatela, acrescentando a hipóteses de curatela do enfermo ou portador de deficiência física, dentre outras alterações

Embora um Novo Código deva trazer mudanças necessárias, não lhe cabe a promoção de uma revolução jurídica, mas, sim, redimensionar os institutos jurídicos de acordo as transformações sofridas pela sociedade. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.30)

Por fim, o Código Civil de 2002 acolheu as profundas transformações sofridas no ramo do Direito de Família, tendo em vista que foi conferida maior autonomia e liberdade aos seus membros, permitindo que o afeto vigorasse como elemento identificador das relações familiares.

2.4. FUNÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA

Ao longo da história, a família apresentou variadas funções, que se moldaram de acordo com a evolução religiosa, política, econômica e procracional da sociedade. (LÔBO, 2011a, p.18)

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos. (LÔBO, 2011a, p.27)

É lícito asseverar que a tônica do novo modelo de família reside “no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação”. (DIAS, 2011a, p.43)

Assim sendo, a família deve disponibilizar um ambiente seguro para a boa convivência e desenvolvimento digno de seus membros, resultando em um espaço de integração social. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.109)

Não resta dúvida que “o ser humano é um ser social, que necessita desenvolver laços afetivos e viver em grupo, não resistindo ao isolamento, pois a pessoa não começa e nem termina em si mesma”. Assim, a função primordial da família é fornecer condições materiais para que seu integrante sobreviva e crie laços afetivos, zelando pela saúde mental do sujeito, o que possibilita que este se torne

um cidadão e seja inserido na vida em sociedade. (FALAVIGNA & COSTA, 2003, p.24-25)

A família é importante para o equilíbrio do indivíduo, constituindo um sistema complexo que envolve, antes de tudo, uma relação amorosa de cooperação, na qual experimentamos as sensações mais fortes e importantes de nossa vida, o que torna a família o suporte social de cada um. (FALAVIGNA & COSTA, 2003, p.24-25)

Ou seja, a família é um tipo singular de grupo social, que contem interesses morais, afetivos e econômicos. “Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância”. Desempenha papel relevante para a criação dos descendentes, equilíbrio emocional dos envolvidos e para a composição da sociedade. (NADER, 2010, p.5)

Desse modo, a família é “o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro”. (GAGLIANO & STOLZE, 2011, p.98 *apud* TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.25)

Nesta visão, há a predominância do afeto sobre o mero convívio. Nos dias atuais, as pessoas não insistem em um casamento meramente formal, que não represente conteúdo pessoal e afetivo. Elas preferem romper com o sistema de aparências e expor a verdade por meio de condutas autênticas. Este fenômeno explica o aumento do número de separações e a redução de uniões oficiais. (RIZZARDO, 2011, p.12-13)

Por seu turno, a função procriativa perdeu o sentido, uma vez que há “grande numero de casais sem filhos, por livre escolha”, em razão da primazia da vida profissional, em função de infertilidade, ou por baixa taxa de fecundidade nas mulheres. (LÔBO, 2011a, p.19)

Busca-se, portanto, “o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família, pouco importando se ele é o genitor, a genitora, ou algum filho havido ou não havido do casamento”. (LISBOA, 2012, p.29)

A família, como base da sociedade, é essencialmente sociafetiva, desconstruindo o dogma da função procriativa nos relacionamentos interpessoais. Vale elucidar que esse núcleo existencial busca a felicidade e a realização particular de seus membros, perdurando enquanto houver amor.

3. ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção no Brasil nunca teve uma estabilidade legislativa consolidada, o que se espera obter com a novel legislação. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.371)

Com efeito, vale frisar a definição atual de adoção, em observância as alterações legislativas que vigoram no ordenamento vigente, bem como, observar os requisitos necessários para o acolhimento de criança e de adolescente no seio familiar e enfatizar a função social da medida. Por sua vez, a análise será limitada à adoção de menores por brasileiros residentes no território nacional.

3.1. ADOÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A adoção vem a ser “o ato jurídico solene pelo qual um sujeito estranho é introduzido como filho na família do adotante, passando a ter os mesmos direitos decorrentes da filiação”. (LISBOA, 2012, p.297)

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2013, p.568):

A adoção é, portanto um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art.227, §§5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante.

Trata-se de instituto nobre e importante do Direito de Família, devendo ser norteado pelo princípio do melhor interesse da criança. O seu objetivo primordial é o acolhimento no seio familiar, de menor, que se encontre em situação de risco ou em ausência de pais. Além disso, promove o estreitamento dos laços afetivos, conferindo efeitos jurídicos tanto na adoção de maiores quanto na de menores. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.474)

Por ser um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, apresenta a sua eficácia condicionada à decisão judicial. Uma vez adquirido o estado de filiação, este tornar-se indisponível, não suscetível a revogação. (LÔBO, 2011a, p.273)

Mister ressaltar que adoção é ato puro, que se realiza simplesmente, não admitindo a imposição de cláusulas ou condições que suspendam, alterem ou anulem os seus efeitos legais. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.491; RIZZARDO, 2011, p.458)

Como o advento da Constituição Federal de 1988, assegurou-se os mesmos direitos e qualificações à prole, eliminando toda e qualquer forma de discriminação aos filhos havidos ou não do casamento ou por adoção (CF art.227,§6º). (DIAS, 2011a, p.482 e 484)

O filho adotado não pode ser considerado como um filho de segunda categoria e não deve sofrer designações discriminatórias em relação aos demais filhos. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.960)

Portanto, não há que se falar em “filho adotivo”, mas sim em “filho por adoção”. A origem da filiação é única e se apaga no momento em que a adoção converte o adotado integralmente em filho. (LÔBO, 2011a, p.272)

O adotado passa a ser sujeito dos mesmos direitos e deveres reconhecidos aos filhos biológicos, quais sejam: nome, parentesco, alimentos e sucessão. Por sua vez, competem aos pais os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização de seus filhos. Em outro ângulo, o adotado fica incumbido dos deveres de respeito e obediência aos pais. (FILHO, 2008).

A nova ordem constitucional demonstra a sua predileção pela família socioafetiva, reconhecendo que “a filiação não é um dado da natureza”, mas sim “uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”. (LÔBO, 2011a, p.273)

O art.227, § 5º, da Carta Magna, determina que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

Percebe-se que o legislador constituinte não limitou a assistência do Poder Público à idade do adotante, pois se assim quisesse, o teria feito expressamente no dispositivo constitucional.

Isso demonstra que a matéria transpassa os contornos da simples apreciação civilista, “passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública”. (GONÇALVES, 2012, p.378)

Pois bem, a promulgação da Constituição Federal de 1988 transformou a adoção em um instituto jurídico de acolhimento familiar, conferindo tratamento digno e igualitário ao filho adotado, o que chancela a família socioafetiva na realidade brasileira.

3.2. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ocorreram consideráveis alterações na legislação que trata da adoção. (RIZZARDO, 2011, p.460)

No direito brasileiro, admitia-se a adoção simples, regulada pelo Código Civil de 1916 e Lei nº 3.133/57, e a adoção plena, regida pela Lei nº 8.069/90, arts. 39 a 52. (DINIZ, 2013, p.569)

A adoção simples, civil ou restrita se destinava aos adotados maiores de idade; e a adoção plena ou estatutária se aplicava aos adotados menores de idade, crianças e adolescentes. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.371)

Ressalta-se que na adoção simples, o adotado permanecia ligado aos seus parentes naturais, “exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante”. (GONÇALVES, 2012, p.381)

Já na adoção plena, o menor adotado assumia irrevogavelmente o papel de filho dos adotantes, “desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. (DINIZ, 2013, p.569)

Pela redação do Código Civil atual (arts. 1.618 e 1.619, com alteração da Lei nº 12.010/2009) e da Lei nº 8.069/90 (arts. 39 a 50, com redação da Lei nº 12.010/2009), verifica-se que qualquer hipótese de adoção é plena “e o seu processo sempre judicial: a de menores, perante o juízo da Infância e da Juventude e a de maiores, junto à Vara de Família”. (NADER, 2010, p.319)

Nota-se que a diferenciação entre adoção simples e adoção plena deixou de existir, pouco importando a idade do adotando para fins de reconhecimento legal. A partir de agora, a medida baseia-se no critério de irrevogabilidade, que denota em importantes reflexos nos direitos personalíssimos e na sucessão hereditária. (DINIZ, 2013, p.569-570)

Com a Lei Nacional da Adoção, o Código Civil de 2002 teve os seus dispositivos restringidos à adoção de maiores de idade:

(...) A Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, revogou, em sua totalidade, o regime da adoção de menor de idade que constava do Código Civil. Essa lei, com o objetivo de concentrar as normas sobre adoção num único diploma legal, modificou os arts.1.618 e 1.619 e revogou os demais dispositivos do Código Civil sobre adoção de quem tem menos de 18 anos de idade, remetendo ao Estatuto da Criança e do Adolescente. (TARTUCE &)

Quanto ao processo de adoção, o art.1.619 da lei civil de 2002 (com redação da Lei nº 12.010/2009), veio a requerer expressamente a autorização judicial: “A adoção de maiores de 18 anos dependerá, igualmente, da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA”.

Acrescenta Paulo Lôbo (2011a, p.286):

Ao exigir o processo judicial, a lei brasileira extinguiu a possibilidade da adoção mediante escritura pública, e, por conseqüência, unificou seu regime. Toda e qualquer adoção passa a ser encarada como instituto de interesse público, exigente de mediação do Estado, por seu Poder Judiciário.

Hoje, o controle jurisdicional garante uma melhor avaliação dos benefícios da adoção, tanto para o adotante como para o adotando, quer seja ele maior ou menor. (RIZZARDO, 2011 p.465)

Isto posto, o Código Civil de 2002 trouxe maior seriedade à adoção, que passa a ser medida de caráter irrevogável, autenticando a posição de filho ao adotando, com todos os efeitos jurídicos dela decorrente.

Salienta-se que a adoção é instituto jurídico de interesse público, pois condiciona a sua eficácia à análise prévia da autoridade judiciária, que garantirá o melhor interesse do adotando.

Ocorre que o adotando deve ser inserido em um ambiente familiar que o valorize como pessoa humana, respeitando os seus defeitos e qualidades, pois o ser humano está em eterna construção. Para isso, os adotantes precisam estar aptos a assumir a posição de pais, educadores e conselheiros pessoais, ou seja, um dever que perdura o resto da vida.

3.3. ADOÇÃO FRENTE AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 12.010/2009, que modificou o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, corrigiu de modo expresso os dispositivos contraditórios a respeito da adoção, delegando ao ECA a adoção de crianças e adolescentes e aplicando os seus princípios à adoção dos maiores de idades (CC, 1.619). (DIAS, 2011a, p.483)

A adoção de crianças e adolescentes rege-se, na atualidade, pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. De apenas 7 artigos, a referida lei introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente 10 artigos do Código Civil concernentes à adoção (arts. 1.620 a 1.629), dando ainda nova redação a outros dois (arts.1.618 e 1.619). Conferiu também, nova redação ao art.1.734 do Código Civil e acrescentou dois parágrafos à Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento. (GONÇALVES, 2012, p.382)

Essa sistemática adotada resta mais adequada, “pois não deixa dúvidas de que a adoção de crianças e adolescentes está sujeita tão-somente às normas e, acima de tudo, aos princípios consagrados pela Lei n ° 8.069/1990”, reduzindo os erros na interpretação e aplicação da lei. (DIGIÁCOMO, 2010, p.191)

A lei em questão trata a adoção como medida excepcional, “à qual deve se recorrer apenas quando esgotados os recursos de sua manutenção na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art.25 (ECA, art.39). (GONÇALVES, 2012, p.383)

Assim, sendo, por intermédio deste e de inúmeros outros dispositivos (com ênfase para os *princípios* inseridos no art.100, parágrafo único. Incs. IX e X, do ECA), o legislador procurou resgatar o *compromisso* do Poder Público para com as famílias, de modo a privilegiar a manutenção da criança ou adolescente em sua família biológica, investir no resgate/fortalecimento dos vínculos familiares e evitar, o quanto possível, o rompimento dos laços parentais em caráter definitivo. (DIGIÁCOMO, 2010, p.193)

Sobre a irrevogabilidade da adoção é interessante mencionar que nem mesmo a morte dos adotantes restabelece o poder familiar dos pais naturais (ECA, art.49). Para todos os efeitos legais, “a adoção é irreversível, entrando o adotado definitivamente para a família do adotante”. (DINIZ, 2013, p.584)

Ademais, o ato de adoção é personalíssimo, não admitindo o seu exercício por meio de procuração (art.39, §2º, do ECA). (LÔBO, 2011a, p.273). Como conseqüência desta regra, os adotantes devem estar presentes ao ato, a fim de convencer o Estado da existência de sentimento justificativo para a assunção de um filho. (BORDALLO, 2011, p.258-259)

Vale elucidar que algumas pessoas estão impedidas de adotar, por expressa determinação legal. (BORDALLO, 2011, p.261)

Só poderão adotar os tutores ou curadores “quando prestarem contas de sua administração, repondo eventual desfalque no patrimônio do pupilo ou curatelado”, conforme expõe o art.44 do ECA (PACHI, 2020, p.207). Trata-se de impedimento parcial “porque ao ser superada a causa, ou seja, forem prestadas as contas, não haverá nenhum empecilho à adoção”. (BORDALLO, 2011, p.261)

Estão legitimados a adotar crianças maiores de 3 anos ou adolescentes os seus tutores, detentores de sua guarda legal, desde que domiciliados no Brasil, mesmo não cadastrados (art.50, §13º, da Lei n. 8.069/90) e se o lapso de convivência comprovar a fixação de laços de afinidade e afetividade, não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts.237 ou 238 da Lei n. 8.069/90 (Lei n. 8.069/90, art.50, §13, III), e haja comprovação de que preenchidos estão os requisitos necessários á adoção (art.50, §14). (DINIZ, 2013, p.574)

Também é vedada a adoção por ascendentes e irmãos do adotante, de acordo com o §1º, do art.42 do ECA (DIAS, 2011a, p.485). Considera-se impedimento total, já que a intenção da adoção “é o rompimento dos vínculos naturais de filiação e parentesco” (ISHIDA, 2011, p.99). Como bem assinala Murillo Digiácomo (2010, p. 201):

O deferimento da adoção aos ascendentes e irmãos do adotando não lhe traria qualquer vantagem (o que deve *per se* já se constituiria em impeditivo para a concretização da medida, *ex vi* do disposto no art.43 do ECA), podendo em contrapartida lhe trazer prejuízos, seja devido à “confusão” decorrente da transformação de avós e irmãos em “pais”, seja em razão da perda dos direitos sucessórios em relação a seus pais biológicos.

Para o amparo de crianças e adolescentes afastados do convívio dos pais junto a seus avós e irmãos, suficiente e mais adequado o emprego dos

institutos da *guarda* ou *tutela*, que não importam no rompimento de vínculos com seus pais biológicos, tal qual ocorre com a adoção.

Diante do exposto, observa-se à especial proteção estatal ao menor, que será inserido em família substituta em última hipótese.

Primeiramente, incumbe ao poder público a inclusão da família biológica em programas de orientação e auxílio, para se evitar o rompimento definitivo dos laços afetivos com os pais naturais. Não solucionado o problema, preconiza-se o acolhimento da criança e adolescente por seus parentes colaterais, salvo quando impedidos legalmente.

Enfim, a adoção por terceiros percorre uma longa trajetória de amor, perseverança e fé, pois o postulante deve preencher os requisitos legais e convencer a autoridade judiciária de que o instituto será vantajoso ao menor.

3.3.1. Requisitos

No que tange aos requisitos para adoção, é importante analisar a idade mínima do adotante, estabilidade da família, diferença de idade entre o adotante e adotado, consentimento dos pais biológicos, concordância do adotando e reais vantagens para o adotando. (BORDALLO, 2011, p.296)

Em relação à legitimidade do adotante, o art.42 do ECA dispõe que somente a pessoa maior de 18 anos pode adotar, independentemente de seu estado civil. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.373)

Para Paulo Lôbo (2011a, p.277) não basta que o adotante atinja a faixa etária de 18 anos, mas que seja legalmente capaz:

Não podem adotar os maiores que não tenham discernimento para a prática desse ato, ou que não puderem exprimir sua vontade, mesmo por causa transitória (art.5º CC). Ante a natureza do ato, que supõe inserção em ambiente familiar saudável, propiciador do pleno desenvolvimento humano do filho, estão impedidos de adotar os ébrios habituais e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, considerados relativamente incapazes (art.4º CC). (grifo nosso)

A respeito da adoção conjunta, exige-se que as pessoas sejam casadas civilmente “ou que mantenham união estável, comprovada a estabilidade do núcleo familiar”, nos termos do art.42, §2º, do ECA. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.973)

Frisa-se que o atendimento à estabilidade familiar deve ser constatado por meio de estudo social do caso, a cargo de órgãos auxiliares do Juízo. Eis que família estável é aquela bem estruturada, até mesmo economicamente, com ambiente tranqüilo e solidário. (NADER, 2010, p.328)

Permite-se, inclusive, que os divorciados, os separados (judicial ou extrajudicial) e ex-companheiros adotem conjuntamente, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do período de conjugalidade ou companheirismo e “que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda”, que justifiquem a excepcionalidade da medida. Além disso, é fundamental que o casal acorde sobre a guarda e o regime de visitas, para que se efetive a continuidade da convivência familiar (art.42, §4º, ECA). (DINIZ, 2013, p.573)

Vislumbra-se que a idade mínima de 18 anos é requisito essencial para o adotante, quer seja na “adoção realizada por uma única pessoa”, quer “seja de maneira conjunta”. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.476)

Além do limite mínimo de idade, o art. 42, §3º, do ECA, impõe diferença mínima de dezesseis anos de idade entre adotante e adotado. Porém, ao tratar de adoção efetuada por casal, basta que um dos requerentes seja 16 anos mais velho que o adotando. (DINIZ, 2013, p.575)

Paulo Nader (2010, p.328-329) justifica a exigência da normal legal.

A diferença de idade se explica sob vários aspectos. Espera-se que o adotante tenha maior experiência de vida, a fim de que possa bem orientar o adotado. Presume-se, por outro lado, que a diferença apontada favoreça a natural ascendência moral que deve existir na relação entre pai e filho. Busca-se, também, afastar interesse de ordem sexual entre ambos. Nota-se, de pronto, que a importância da exigência legal é meramente relativa, pois não garante que a finalidade da disposição seja alcançada.

Destaca-se que a diferença de idade “tem o escopo de conferir cunho biológico à família civil que está sendo constituída, já que a substituta há que ser semelhante e mesmo idêntica à família biológica”. (BORDALLO, 2011, p.299)

É importante ressaltar que a adoção reclama “a manifestação de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.966)

Em regra, a medida depende do consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotante, conforme dispõe o art.45, *caput*, do ECA. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.378)

Observa-se, então, que o direito de consentir tem natureza personalíssima e exclusiva, não podendo ser suprido por decisão judicial. Por isso, o consentimento de um pai não supõe a manifestação do outro, exigindo-se a declaração de vontade de ambos. (LÔBO, 2011a, p.280; FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.966-967)

Quando se tratar de adotando maior de doze anos de idade, será necessário o seu consenso, colhido em audiência, para que o ato seja considerado válido e eficaz (art.28, §2º c/c art.45, §2º, todos do ECA) (DINIZ, 2013, p.575; TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.378). No entanto, sempre que possível, também será considerada a opinião do menor de doze anos de idade, de acordo com o art.28, §1º, do ECA. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.480)

Mostram-se salutareis a prévia ouvida e a manifestação expressa do adotando porquanto deverá se apurar a presença de sintonia e mútuo desejo, o que se faz necessário para possibilitar a convivência. Mesmo a evidente falta de amadurecimento do adotando, já tem noção do que lhe convém e sabe externar os sentimentos pessoais e preferências. Daí a sua inquirição, quando exporá a sua posição, dizendo dos motivos que eventualmente o levam a discordar que seja adotado. Terá o juiz elementos para a correta apreciação, e decidir pelo deferimento ou não da adoção. (RIZZARDO, 2011, p.471)

Reitera-se que “o consentimento dos pais ou representantes da criança ou adolescente será dispensado se os pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar (art.45, §1º, do ECA)”. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.378).

Deste modo, o consentimento só é apropriado quando envolver menor em situação normal. “Não quando se está diante de menor exposto ou abandonado, sendo desconhecidos, desaparecidos ou destituídos do poder familiar os pais”. (RIZZARDO, 2011, p.471)

Por último, o art.43 do ECA determina que “a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (PACHI, 2010, p.206)

Frise-se: reais vantagens para o adotando. Não se fale, assim, em qualquer benefício ao adotante, salvo o de ter filhos.

Além disso, a adoção deve fundar-se em motivos legítimos. Portanto, aquelas pretensões de adoção como pagamento de promessas e afins não devem ser deferidas. Também aquelas feitas em troca ou promessa de pagamentos ou quaisquer vantagens, não só aos genitores como a intermediários. (PACHI, 2010, p.206)

Outrossim, “o magistrado precisa ter na tela da imaginação as circunstâncias concretas de cada caso para verificar a providência mais adequada ao melhor interesse da criança”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.973)

Em suma, os requisitos mencionados objetivam a construção de uma família substituta que apóie e forneça condições para o desenvolvimento saudável do adotado, ou seja, aquilo que não lhe foi proporcionado por sua família biológica.

3.4. FUNÇÃO SOCIAL DA ADOÇÃO

A adoção é a forma mais ampla e completa de inserção em família substituta, “propiciando o enquadramento de alguém no seio de um novo núcleo familiar, transformando o adotado em membro da família”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.962)

A evolução do instituto da adoção lhe confere caráter filantrópico, acentuadamente humanitário, que visa o socorro dos menores desamparados. (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.474).

Nos dizeres de Paulo Nader (2010, p.317), a adoção é matéria de cunho social:

A adoção não apenas atende a interesses particulares, de um lado suprimindo carências afetivas dos pais e, de outro, proporcionando família substituta a menores, mas também da própria sociedade, pois crianças e adolescentes desamparados, sem um lar que lhes proporcione ambiente e condições indispensáveis ao crescimento físico e moral, é um problema a desafiar a solidariedade coletiva. Por outro lado, é fundamental a organização de mecanismos de proteção e estímulos ao desenvolvimento saudável dos menores, sob pena de comprometimento da paz social.

Pretende-se com um ambiente saudável de convivência comunitária, que a direção das crianças e adolescentes seja realizada por pessoas capazes de satisfazer ou atender aos seus reclamos materiais, afetivos e sociais. Assim, cabe ao adotante proporcionar as condições necessárias para que o adotado se desenvolva dentro da normalidade. (RIZZARDO, 2011, p.457)

Como se vê, a adoção é a verdadeira forma de se construir uma família decorrente do afeto. A filiação socioafetiva, por não ser impingida por nenhum fato ocorrido contra a vontade das pessoas, fundamenta-se exclusivamente no amor, sentimento que nem sempre prevalece na paternidade biológica. (BORDALLO, 2011, p.258).

A par do sentimento magnânimo que guia o adotante, a este é atribuído a inteira responsabilidade pela criação e educação do filho, o auxílio na elaboração de seu projeto de vida, aderindo-o em suas necessidades pessoais e fornecendo-lhe o apoio solidário em todos os momentos que precisar. (NADER, 2010, p.317)

Na verdade, é a criança/adolescente que escolhe a família, “em um processo onde não entra outro ingrediente que não seja o amor e a vontade de ser feliz”. (BORDALLO, 2011, p.249)

(...) a adoção é sempre via de mão dupla, que pais e filhos se adotam e não os pais aos filhos e que essa relação de troca vai-se dando na órbita familiar mais ampla, com os avós, os tios, os primos e até na órbita das demais relações afetivas com os amigos. A relação se amplia e se multiplicam as adoções recíprocas. Isso permite que o filho não seja assujeitado na relação. Que também seja sujeito ativo, tanto quanto os pais. Que os pais entendam que também precisam dessa legitimação da paternidade pelo afeto do filho, pois só serão pais se esse filho os legitimar. (FREITAS)

Acima de tudo, “a adoção deve ser um ato de amor, propósito de envolver o novo ente familiar com igual carinho e atenção dispensados ao filho consanguíneo”. (NADER, 2010, p.317)

Dessa maneira, “a adoção só será deferida se apresentar efetivo benefício para o adotando”, sempre se preocupando com o melhor interesse e proteção do menor (ECA, art.43). (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.475)

Resta claro, que a adoção visa à proteção da criança e do adolescente, e não a satisfação dos interesses do adotante. O que se procura é uma família

adequada para o menor, e não uma criança que satisfaça às determinações exigidas pelos que pretendem adotar.

4. ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

A ausência de previsão legal sobre o direito dos homossexuais faz com que essas pessoas recorram à via judicial para solucionar as suas lides, apesar de enfrentarem resistências de toda ordem. (DIAS, 2011b, p.140)

O presente capítulo busca discutir a estabilidade dos relacionamentos homoafetivos, viabilizando a adoção conjunta por essas pessoas e ponderando sobre o melhor interesse do menor e o seu direito à convivência familiar.

4.1. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

A união estável, como entidade familiar, encontra-se regulada pela Constituição Federal (art.226, §3º) e Código Civil (art.1.723 a 1.727). (MONTEIRO & SILVA, 2012, p.57)

Assim, faz-se necessária a análise de alguns preceitos legislativos que caracterizam essa espécie de entidade familiar:

Afirma a norma constitucional (art.226 CF, § 3º): “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Por seu turno, o Estatuto Civil, igualmente, reconhece “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”. Já em seu § 1º, dispõe que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”, enquanto no § 2º informa que “as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.462)

Confrontando tais dispositivos, infere-se, que a união estável está submetida a pressupostos de ordem objetiva e subjetiva. Os pressupostos objetivos dizem respeito à diversidade de sexos, notoriedade, estabilidade, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. Já, os pressupostos subjetivos enfatizam a convivência *more uxório* e a *affectio maritalis* (ânimo ou objetivo de constituir família). (GONÇALVES, 2012, p.612)

Nota-se que a diversidade de sexos era imposta como elemento primordial para a configuração da união estável, restando aos pares homossexuais

tão somente a existência de sociedade de fato, por força da Súmula nº 380 do STF. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.302)

Ressalta-se que a matéria ficava “excluída do âmbito do direito de família, gerando apenas efeitos de caráter obrigacional”. (GONÇALVES, 2012, p.616)

Entretanto, esse entendimento não é razoável.

As relações entre parceiros de mesmo sexo configuram deveres imateriais de assistência “que não são característicos do direito obrigacional comum e que em muito se aproximam das relações familiares comuns.” (LISBOA, 2012, p.225)

Ocorre que as pessoas de mesmo gênero sexual também “se unem ao derredor de objetivos comuns, dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro agrupamento heteroafetivo”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.466, grifo nosso)

Portanto, “não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar”, mas sim a afetividade que está presente nos relacionamentos interpessoais. (FARIAS & ROSENVALD, p.466)

A Carta Magna, em seus artigos 3º, inciso IV, e 5º, incisos I e X, proíbe quaisquer tipo de preconceito ou designação discriminatória, inclusive em relação ao sexo, assegurando a igualdade jurídica de todos os brasileiros perante a lei. (TJRJ, AC 2005.001.20610, 2005)

O art.226, §§3º e 4º do Texto Constitucional, ao preceituar três modelos de família (casamento, união estável e relação monoparental), não pretendia obstar o reconhecimento de outras entidades familiares não mencionadas pelo diploma civil. (LISBOA, 2012, p.225)

Vislumbra-se que a ordem jurídica buscou o reconhecimento da comunidade familiar fundada na solidariedade e afeto entre seus integrantes, rompendo de uma vez por todas com o dogma da procriação. (NADER, 2010, p.501)

No tocante à denominação de união estável prevista na Constituição federal, deve ocorrer a interpretação sistemática da expressão “homem e a mulher”, uma vez que o rol das entidades familiares é exemplificativo e não taxativo. Por

consequente, admite-se a rigor de união estável, “a união entre o homem e o homem, e a mulher e a mulher”. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.306)

Seguindo essa linha de raciocínio, Maria Berenice Dias (2011b, p.145) ensina que:

A circunstância de o constituinte, ao elencar as entidades familiares, ter se omitido em fazer referência às uniões homossexuais não permite concluir que o convívio de pessoas do mesmo sexo está fora do sistema jurídico ou não é uma entidade familiar. Presentes os requisitos, não há como deixar fora do conceito de família as uniões homoafetivas. É necessário que se conceda os mesmos direitos e se imponha iguais obrigações a todos os vínculos de afeto com idênticas características.

Conclui-se que “a norma de inclusão do art.226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de eliminação explícita de tutela de tais uniões”. (DIAS, 2011b, p.145)

Consoante a lição de Paulo Lôbo (2011a, p.90), as uniões homossexuais são entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e apresentam o propósito de constituição de família.

É de observar que “a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade”. (TJRS, AC 70009550070, 2004).

A ausência de lei que regulamente as uniões homossexuais não implica em ausência de direito, “pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais” (art. 4º da LINDB). (TJRS, AC 70009550070, 2004).

Nesse sentido, as regras da união estável são aplicáveis às uniões de pessoas de mesmo sexo, por “ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos”. (LÔBO, 2011a, p.90-91)

Se duas pessoas têm vida em comum, cumprindo deveres de mútua assistência, convívio caracterizado pelo amor e respeito, a identidade

meramente biológica de sexo do par não impede que se reconheçam direitos ou que se deixe de impor obrigações recíprocas. Assim, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não é desarrazoado fazer uso da analogia e, com suporte nos princípios gerais do direito, aplicar os mesmos efeitos patrimoniais presentes na união estável, repartindo-se o acervo angariado pelos parceiros em sua vida em comum, desde que atendidos os pressupostos da notoriedade, da publicidade, em uma verdadeira comunhão de vida e de afetos. (DIAS, 2011b, p.145-146)

Aos poucos, os doutrinadores e a jurisprudência majoritária passaram a conferir efeitos jurídicos às uniões homossexuais, se pronunciando no ramo do direito de família, como entidade familiar.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou pela necessidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. (..) 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido

(STJ, REsp 820475/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Data de Julgamento: 02/09/2008)

O emblemático acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido em 5 de maio de 2011, julgou procedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 132, nas quais eram debatidas a admissão

da união estável e entidade familiar em relações homoafetivas. Vejamos os principais trechos do Informativo nº 625 do STF:

Relação homoafetiva e entidade familiar. (...)

No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas conseqüências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. (...) Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação. (...) Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é

reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros.

(STF, ADI 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Brito, 04 e 05/05/2011)

Repise-se que a decisão atribuiu efeito vinculante e *erga omnes* ao enquadramento da união homoafetiva como entidade familiar. (TARTUCE & SIMÃO, 2012, p.311)

Em reforço, o Enunciado nº 524 da V Jornada de Direito Civil, realizada no Conselho da Justiça Federal de 8 a 10 de novembro de 2011, entendeu que: “Art. 1.723. As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família”.

Constata-se que a união entre pessoas de mesmo sexo que seja caracterizada pela convivência pública, duradoura e contínua e pelo desejo de constituir família, equipara-se a todos os efeitos à união estável heterossexual. A partir desta perspectiva, é possível reconhecer o direito de adoção conjunta por esses pares.

4.2. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

É mister que a família homoparental ainda é alvo de posturas preconceituosas e discriminatórias, o que implica na polêmica quanto a possibilidade jurídica de adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais.

Aqueles que são contrários ao deferimento da adoção por casais de gays ou lésbicas alegam que as práticas homossexuais são imorais e contrárias aos costumes sociais, levando-se em conta o padrão exigido pela relação familiar heterossexual. (LISBOA, 2012, p.315-316)

Relevam que o reconhecimento da união estável pressupõe o envolvimento entre homem e mulher, não podendo estender a possibilidade de adoção conjunta à conviventes do mesmo sexo. (RIZZARDO, 2011, p.467)

Outrossim, questionam a capacidade da união homoafetiva em proporcionar condições favoráveis à criação, educação e desenvolvimento psíquico do infante. (NADER, 2010, p.332)

Contudo, esse entendimento não merece prosperar.

Emerge dos §§5º e 6º do art.227 da Constituição Federal a proposta de adoção voltada para a integração de menores desamparados, sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório relativo à filiação. Mediante análise aprofundada, verifica-se que “não há impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo, que vivam em relação afetiva, possam adotar a mesma criança”. (LÔBO, 2011a, p.91)

Assevera-se que o reconhecimento da União Homafetiva foi discutido recentemente pelo STF, em sede da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132, em que o Ministro Carlos Ayres Britto, entendeu pela inclusão do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo na expressão união estável, o que permite a aplicação por analogia da adoção em conjunto.

O Estatuto da Infância do Adolescente, em seu art.42, §2º (nova redação pela Lei nº 12.010/2009), menciona o seguinte:

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

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

Pela leitura do dispositivo legal, infere-se que “em nenhum momento ficou especificado que seria a união estável entre homem e mulher, que asseguraria o direito a adoção conjunta”. (TJRJ, Proc. nº 2011.202.034086-5, 2012).

Ao contrário, permite-se “expressamente a adoção nesse caso ao afirmá-la possível por duas pessoas que mantêm união estável”. (TJRJ, Proc. nº 2011.202.034086-5, 2012).

Ora, se presentes na união homoafetiva os requisitos de estabilidade, publicidade e afetividade com o intuito de constituir uma família, faz-se necessário o seu reconhecimento como entidade familiar. (TJRJ, Proc. nº 2011.202.034086-5, 2012).

De toda sorte, não se justifica a restrição por opção sexual do adotante, pois o que é relevante para o deferimento da adoção são as reais vantagens para o adotando e a fundamentação em motivos legítimos (art.43 ECA). (DIAS, 2011a, p.499)

Para isso, deve-se avaliar o ambiente familiar dos postulantes através de “um estudo técnico criterioso realizado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude (arts.151 e 167 do ECA)”. (DIGIÁCOMO, 2010, p.202).

Se for demonstrada a estabilidade do lar homoparental com condições favoráveis à boa criação de um filho, haverá de ser reconhecida legalmente a possibilidade de adoção de infante por essas pessoas. (NADER, 2010, p.332)

Salienta-se que a homossexualidade “não é crime nem pecado; não é uma doença nem vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas tem de conviver com homossexuais” (DIAS, 2011a, p.196)

Por fim, o posicionamento contrário à adoção conjunta por casais homoafetivos, cristalizado no conservadorismo de alguns juristas e no preconceito social, inviabiliza o direito da criança ou adolescente à convivência familiar, bem como o acesso às garantias e benefícios referentes à dupla paternidade ou maternidade, consubstanciados no plano de saúde, pensão em caso de separação ou falecimento etc.

4.3. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Convivência familiar “é a relação afetiva diuturna e duradora entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”. (LÔBO, 2011a, p.74)

A Constituição brasileira reconhece com absoluta prioridade, no caput do art.227, o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar. Do mesmo modo, o Estatuto da criança e do adolescente faz referência à importância da criação e educação da criança ou adolescente no seio familiar e, excepcionalmente, em família substituta (art.19 do ECA).

Desta maneira, apenas excepcionalmente se permite o rompimento dos vínculos biológicos, quando a família não assume efetivamente o seu papel, hipótese na qual compete ao Estado a proteção do menor, através de medidas alternativas que garantam o direito à convivência familiar. (OLIVEIRA, 2009, p.397)

Neste diapasão é que se faz importante discutir a colocação do adotando em família substituta homoparental.

O art.29 do ECA, dispõe que: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”

Em princípio, o referido preceito não decorre em óbice à adoção por pessoas do mesmo sexo. Ora, a união homoafetiva não traz, por si só, malefícios ao adotando, “visto que, abstraída a igualdade dos sexos, a relação homossexual, guarda enorme semelhança com a relação heterossexual.” (PERES, 2006, p.83)

Cabe lembrar que a adoção leva em conta as reais vantagens para o menor, fundando-se em motivos legítimos e sempre optando pelo bem estar do adotando. (TJRJ, Proc. nº 2011.202.034086-5, 2012).

Por outro lado, a constituição de um núcleo familiar adequado, que proporcione efetivos benefícios ao menor, não é prerrogativa dos “heterossexuais ou de relação afetiva entre homem e mulher, mas de seres humanos realmente motivados, preparados para a maternidade/paternidade”. (JÚNIOR, 2011, p.120)

Nessa linha de idéias, a presença masculina e feminina na criação da criança ou adolescente é dispensável para o amadurecimento e equilíbrio emocional dos infantes (NADER, p.332). Paulo Luiz Netto Lôbo (2011a, p.284) destaca tal aspecto:

(...) pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentam o mesmo desenvolvimento psicológico mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados.

Com efeito, a condição de homossexual “não é elemento definidor de um bom ou mau exercício da paternidade ou maternidade”. (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p.976)

Logo, a adoção de menor por parceiros de mesmo sexo não deve ser indeferida pelo simples critério de opção sexual de quem pretende adotar, pois o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança e do adolescente. (LISBOA, 2012, p.317)

Marcos Rolim tece fervorosa crítica ao preconceito homofóbico:

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais" ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

Vale elucidar que todas as crianças e adolescentes tem direito a uma convivência familiar saudável, quer seja na família biológica ou, se não for possível, em família substituta.

A adoção por casal homossexual não deve ser repudiada, já que a opção sexual dos adotantes não interfere na capacidade de amar, respeitar e proteger os filhos. Deve-se romper com o preconceito e permitir que o adotando saia de uma impessoal instituição de acolhimento e experimente o abraço acolhedor de duas pessoas que tanto lutaram para tê-lo em seu novo lar.

4.4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A partir do tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prelaçiona que:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

(TJRS, AC 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de julgamento: 05/04/2006).

Em decisão inédita, o Informativo nº 432 do STJ noticiou a possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais, sob argumento do princípio do melhor interesse da criança.

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA.

Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o

que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.

(STJ, REsp 889.852-RS, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 27/04/2010)

Em virtude do reconhecimento da união homoafetiva pelo Informativo nº 625 do STF, passou a vigorar em matéria de adoção conjunta, o seguinte entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DO MESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros).

(TJMG, AC 1.0470.08.047254-6/001, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Bitencourt Marcondes, Data de julgamento: 02/02/2012).

Em suma, têm-se admitido o pedido de adoção por casal homossexual, ante a aplicação por analogia dos requisitos da união estável heterossexual e a avaliação por equipe interprofissional de que o melhor interesse da criança e do adolescente estará satisfeito com o deferimento da medida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho ponderou sobre a viabilidade de adoção de menores por pares homoafetivos na sociedade brasileira. Nesse sentido, o raciocínio foi desenvolvido em quatro etapas, tendo em vista que a adoção conjunta exige o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Verificou-se no primeiro capítulo que os princípios do direito de família valorizam o núcleo familiar consubstanciado no amor, solidariedade e igualdade entre seus membros. Ressaltou-se, ainda, que a família fundada no afeto respeita as particularidades de seus integrantes, oferecendo-lhes um tratamento digno que garanta o desenvolvimento psíquico e atenda aos seus interesses pessoais. Assim sendo, compete à família, à sociedade e ao Estado, a proteção integral da criança e do adolescente e a efetivação de seus direitos fundamentais.

No segundo capítulo foi explanada a evolução histórica e social da instituição familiar, evidenciando a queda do patriarcalismo e desconstruindo a natureza procriativa dos relacionamentos íntimos. Com isso, surgiram novas espécies de família que necessitavam da tutela especial do Estado, motivo pelo qual foi fixada a cláusula de inclusão geral do art.226 da Carta Magna.

Defendeu-se que o rol de entidades familiares previstas no dispositivo constitucional mencionado é meramente exemplificativo, abrangendo interpretação ampliativa para outros arranjos familiares, entre eles, a união homoafetiva.

No terceiro capítulo demonstrou-se a excepcionalidade da medida de adoção, que confere irrevogavelmente a condição de filho ao adotando, criando autênticos laços afetivos entre o menor e a nova família.

Em relação à adoção conjunta de menores é aceita a pretensão por pessoas capazes, que convivam em união estável, desde que comprovada a estabilidade da entidade familiar. Ademais, resta necessária a diferença mínima de 16 anos entre o adotando e um dos requerentes, uma vez que a família substituta deve se assemelhar à família biológica.

Cabe lembrar que o consentimento dos pais biológicos só será exigido quando o menor estiver em ambiente familiar regular, já que o infante exposto ou abandonado clama por convivência em ambiente familiar saudável.

Por outro ângulo, deve-se constar a manifestação de vontade do adotando maior de doze anos em audiência, além da demonstração das reais vantagens que podem ser conferidas com a aplicação da medida.

Com isso, evidenciou-se que a adoção é um verdadeiro ato de amor e afeto, onde o adotando será recebido como membro de uma família e o adotante se responsabilizará pela proteção integral dos interesses do menor envolvido.

O último capítulo do trabalho adentrou na discussão jurídica sobre a adoção conjunta por pares homoafetivos, pautando-se nos argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis ao deferimento da medida.

É importante considerar que as relações homossexuais baseadas no afeto, respeito mútuo, convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de constituir família, muito se assemelham ao modelo constitucional de união estável, razão pela qual a união homoafetiva deve ser incluída no conceito de entidade familiar.

Não podemos cerrar os olhos para esse organismo familiar e simplesmente ignorar os seus direitos e deveres, pois todos são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer forma de preconceito ou discriminação em função raça, cor, orientação sexual etc.

Desse modo, preenchidos os requisitos para a adoção conjunta, deve-se permitir o direito de filiação socioafetiva aos pares homossexuais. Eis que a orientação sexual do casal pretendente não é fator determinante para a caracterização de uma família amorosa, que confira tratamento digno ao adotando e garanta a sua proteção integral.

Acima do preconceito social, o que deve prevalecer é o melhor interesse do adotando, que terá a oportunidade de deixar uma instituição de acolhimento e ser recebido por dois pais ou duas mães que tanto sonharam com sua presença no novo lar.

Pelos motivos expostos, posiciono-me pela possibilidade jurídica de adoção por pares homoafetivos, de modo que a omissão legal não enseja em impedimento para a pretensão dos adotantes, tampouco implica em argumento suficiente para o indeferimento da medida pelo magistrado.

Vislumbra-se a necessidade de regulamentação pelo legislador infraconstitucional dos direitos dos homossexuais, para que a coletividade encare a adoção por pares homoafetivos como medida social de amparo aos menores, em prol da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil in Vade Mecum** – 17ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil in Vade Mecum** - 17ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente in Vade Mecum** - 17ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro in Vade Mecum** – 17ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais** - II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/AM, 03 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 09/04/2014.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Coordenação de Kátia Maciel – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CNJ. **Enunciado nº 524** – V Jornada de Direito Civil, 08 a 10 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=49033>>. Acesso em: 28/04/2012

CURY, Munir; SILVA; Antônio Fernando do Amaral e. Livro I – Parte Geral. Título I – Das disposições preliminares. (Art.1). In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais** – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 8º ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça** – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo. Subseção IV – Da adoção. (art.39, art.42). In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais** – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5: direito de família** - 28ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e prática do direito de família: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** – São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias** – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Waldyr Grisard. **Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?** – Site Gontijo Advocacia, 2008. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf>. Acesso em: 18/04/2014.

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. **Adoção – Quem em nós quer um filho?** – Site Ciro de Paulo Freitas Advogados Associados S/C. Disponível em: <<http://www.cirilopfrentas.adv.br/artigo03.html>>. Acesso em: 21/04/2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v.6: direito de família** – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência** – 13ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais** – 5ª ed. – Curitiba: Juruá, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v.5: direito de família e sucessões** – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias** – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Afetividade. In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Organização de Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino. Supervisão de Silva Faber Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus** - Mundo Jurídico, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264>. Acesso em: 09/04/2014.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Pluralidade Familiar. In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Organização de Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino. Supervisão de Silva Faber Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, v.2: direito de família** – 42ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v.5: direito de família** – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito. In: MPRJ. **Quinto Censo da população infantojuvenil acolhida no Estado do Rio de Janeiro** - Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:

<http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/09_direito.pdf>. Acesso em: 01/05/2014

PACHI, Carlos Eduardo. Subseção IV – Da adoção. Art.43; art.44. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais** – São Paulo: Mallheiros Editores Ltda., 2010.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade** – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RESENDE, Clayton Rosa de; SILVA, Marina Lisa Cruz. Pluralismo Familiar: um princípio sem limites. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado** - Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães Souza. **Nova Lei de Adoção Comentada: Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009** – 2ª ed. – São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.

ROLIM, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>>. Acesso em: 28/04/2014.

STF. **Informativo nº 625** – Período 2 a 6 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 30/04/2014

STJ. **REsp 820475/RJ** - 4ª Turma - Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - Data de Julgamento: 02/09/2008 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849523/recurso-especial-resp-820475-rj-2006-0034525-4/inteiro-teor-12770458>>. Acesso em: 29/04/2014

STJ. **Informativo nº 432** – Período de 26 a 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2010/05/resumo-informativo-432-do-stj.html>>. Acesso em: 30/04/2014

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v.5: direito de família** – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TJMG. **AC 1.0470.08.047254-6/001** - 8ª Câmara Cível - Relator Desembargador Bitencourt Marcondes – Julgado em: 02/02/2012. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1168.pdf>>. Acesso em: 30/04/2014.

TJRJ. **AC 2005.001.20610** - 17ª Câmara Cível - Relator Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere – Julgado em: 19/10/2005. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprimejurisprudencia.php?ordem=23,219,218,217,216,215,214,>>>. Acesso em: 29/04/2014.

TJRJ. **Proc. nº 2011.202.034086-5** - 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso de Madureira - Juiz de Direito Mônica Labuto Fragoso Machado – Julgado

em: 11/07/2012. Disponível em:
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1233__d678b743bb80c1127c3e2ef1c631de37.pdf>. Acesso em: 30/04/2014.

TJRS. **AC 70013801592** - 7ª Câmara Cível - Relator Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos – Julgado em 05/04/2006. Disponível em:
<http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/jurisprudencia/Adocao_casal_formado_duas_pessoas_mesmo_sexo.html>. Acesso em: 29/04/2014.

TJRS. **AC 70009550070** – - 7ª Câmara Cível - Relator(a) Desembargador(a) Maria Berenice Dias – Julgado em 17/11/2004. Disponível em:
<<http://www.direitohomoafetivosp.com.br/decisooes-a-favor.html>>. Acesso em: 30/04/2014

TORRES, Osvaldo Rocha. Do princípio da solidariedade às determinações do termo social para uma teoria da interpretação no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado** - Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família (Coleção direito civil; v.6)** – 11ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.