

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

RAFAEL DE CARVALHO PAES LEME

ADOÇÃO CONJUNTA HOMOPARENTAL

**CURITIBA
2010**

RAFAEL DE CARVALHO PAES LEME

ADOÇÃO CONJUNTA HOMOPARENTAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientadora: Prof^a. Joeci Machado Camargo

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL DE CARVALHO PAES LEME

ADOÇÃO CONJUNTA HOMOPARENTAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
Joeci Machado Camargo

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de dezembro de 2010.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. BREVES NOÇÕES SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA	8
2.1 A família nas diversas Constituições brasileiras	8
2.2 A idéia de família na Constituição de 1988.....	12
3. AS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A VISÃO CONSTITUCIONAL	18
4. A ADOÇÃO EM CONJUNTO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	31
5. CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44
ANEXOS	46

RESUMO

O trabalho aborda o controvertido tema da habilitação para adoção de casais homoafetivos. Partindo da análise histórica do conceito de família, iniciando pela idéia funcionalista e patriarcal do instituto e chegando à concepção eudemonista da entidade familiar, defende-se a possibilidade de reconhecer e atribuir proteção jurídica a uniões que não estejam expressamente previstas no texto legal, desde que preenchidos determinados requisitos como a existência de afetividade, estabilidade e ostensividade do relacionamento. Em se reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar sujeita à proteção do Estado, não há como lhe negar a possibilidade de postular adoção de uma criança/adolescente, o que pode ser feito após regular processamento do pedido e análise criteriosa se a situação atende ou não ao melhor interesse do adotante, elemento que deve nortear todas as adoções, independentemente de religião, cor ou opção sexual dos adotantes.

Palavras-chave: família, união homoafetiva, adoção, homoparentalidade.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é composta por diversos arranjos familiares com características diferenciadas, sendo que alguns deles surgiram apenas recentemente e outros já fazem parte da história da humanidade. Dentre os grupos mais novos, não há como se negar que as uniões entre homossexuais atraem mais controvérsia por questões de diversas ordens (ideológicas e religiosas, principalmente).

A adoção conjunta de crianças/adolescentes por casais homoafetivos, como não poderia deixar de ser, é tema controvertido que vem despertando manifestações exaltadas por diversos setores da sociedade e por diversas áreas do conhecimento. No âmbito jurídico, encontram-se no Brasil decisões dos Tribunais em sentidos diversos, havendo praticamente unanimidade no TJ/RS quanto à possibilidade do deferimento do pedido de habilitação, algumas decisões isoladas no mesmo sentido de outros Tribunais como o do Rio de Janeiro e o do Paraná, bem como decisões contrárias à medida, sob o fundamento da ilegitimidade do casal para postular a adoção em razão do disposto no artigo 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No presente trabalho, examina-se esta questão sob a ótica jurídico-constitucional, notadamente através de uma análise dos princípios da igualdade material e da liberdade de opção sexual, estampados no artigo 5º do texto constitucional e também do melhor interesse da criança/adolescente a serem adotados.

A complexidade e a dificuldade do tema a ser analisado decorrem das peculiaridades dos grupos envolvidos na discussão: por um lado os homossexuais, parcela minoritária da sociedade que muito embora aos poucos venha obtendo

reconhecimento, ainda é foco de muito preconceito¹; e por outro lado as crianças e adolescentes abrigados, que por serem indivíduos ainda em formação, merecem maior proteção e atenção do Estado no que toca aos seus interesses.

Todo o debate que vai ser analisado a partir dos próximos capítulos pode ser resumido em algumas perguntas cujas respostas são essenciais à definição de sua conclusão: a) é possível reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares e atribuir-lhes a proteção estatal?; b) em sendo positiva a resposta à pergunta anterior, e considerando que a adoção em conjunto é irrestritamente autorizada a casais heterossexuais, é possível negar este mesmo direito aos casais formados por pessoas do mesmo sexo?

Na primeira parte do trabalho, apresentaremos breves noções sobre a evolução histórica do que se entende por família, partindo da noção funcionalizada e patriarcal do instituto e chegando à sua concepção eudemonista. Em seguida, será analisada a possibilidade, no ordenamento jurídico atual, de se reconhecer as uniões homoafetivas e atribuir-lhes a proteção estatal. Adiante, abordaremos como funciona a adoção em conjunto segundo as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, seguida da análise da possibilidade de habilitação dos casais homoafetivos.

¹ Rodrigo da Cunha Pereira afirma que nas culturas ocidentais contemporâneas a homossexualidade tem sido a marca de um estigma por relegar à marginalidade aqueles que não têm suas preferências sexuais de acordo com determinados padrões de moralidade e esse estigma é direcionado não só à homo ou heterossexualidade, mas a qualquer comportamento sexual anormal, como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um padrão normal (Direito de Família: uma abordagem psicanalítica, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 43).

2. BREVES NOÇÕES SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA

A análise da adoção conjunta homoparental não prescinde de uma prévia constatação acerca das profundas alterações ocorridas no direito das famílias ao longo dos últimos anos, em especial após a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, que trouxeram como inovações mais relevantes a repersonalização do direito e o reconhecimento do afeto como valor jurídico, situações que levaram a uma especial releitura dos institutos clássicos relativos à família. A família atual difere em muito daquela concepção que se tinha no passado, não sendo mais caracterizada pela patriarcalidade e pela procriação, mas sim pela união afetiva entre as pessoas com elementos de estabilidade e publicidade, conforme veremos a seguir.

2.1. A família nas Constituições brasileiras

O primeiro tratamento jurídico constitucional conferido à família no Brasil foi importado do direito canônico, no qual constituíam entidades familiares apenas aquelas relações entre homem e mulher unidos pelo sacramento do casamento, e que visavam à procriação, como narra Luiz Roldão de Freitas:

“Para a Igreja, a família tem origem exclusivamente no casamento, instituição criada por Deus e elevada à categoria de sacramento, com a finalidade de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher, visando não à satisfação da concupiscência pelo congresso sexual, mas também, e principalmente, a procriação e educação da prole”²

² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O casamento no direito brasileiro – aspectos diante da Constituição Federal. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. 323, p. 110.

Por muito tempo, a família foi vista apenas como um laço formado entre homem e mulher alcançado apenas através do casamento, sendo instituto dotado de função – manter laços políticos e sociais e perpetuar o patrimônio -, sem se preocupar com a realização pessoal de seus membros, e sempre dirigida pelo cônjuge varão – o chefe de família.

Nesse sentido, afirma Viviane Girardi com propriedade:

“Sob essa ótica patriarcalista, a família jurídica e, portanto, a codificada, era tida como algo hermeticamente fechado, estático e perene, perpassando no tempo, sem se importar com a realização pessoal de seus membros. A família era instituto dotado de função. Um de seus atributos era manter laços e relações políticas e perpetuar o nome e o patrimônio que se transmitia de geração a geração e que era ‘a um só tempo, necessidade econômica e afirmação simbólica’. O casamento se prestava, mais do que um propósito e escolha de vida como uma entre várias possibilidades de acordos entre os patriarcas, não sendo raro as promessas de casamento entre filhos e filhas de famílias abastadas ou de renome visando à preservação da tradição e ao crescimento econômico dos clãs envolvidos”³.

A primeira normativa da família no Brasil surgiu apenas na Constituição Federal de 1891, que inovou no âmbito do direito de família, trazendo para o Estado o monopólio da celebração do único ato à época reconhecido como formador da família – o casamento⁴. Esta Carta Política teve o mérito de romper com os laços religiosos já há muito inseridos na ordem política e social do Estado brasileiro e abrir as portas para o desenvolvimento da legislação pátria acerca da família, mas manteve o casamento como forma única de sua constituição - nessa época, a família (que estava intimamente ligada à procriação) era constituída apenas “pela

³ GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 28-31.

⁴ Constituição Federal de 1891: “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito”⁵.

Mais adiante, na Constituição Federal de 1934 houve um progresso considerável: dedicou-se um capítulo inteiro à família. Há que se atentar, no entanto, que o texto constitucional se limitou a estabelecer critérios formais para a constituição da família através do casamento, sem que houvesse qualquer progresso material – tanto é que o matrimônio ainda era ato necessário para a constituição de família e não era passível de dissolução. A verdadeira importância desta Carta Política, portanto, foi a de colocar a família sob evidência e proteção integral do Estado, ampliando inclusive as hipóteses de reconhecimento também dos casamentos celebrados perante autoridade religiosa, disposição mantida em todas as Cartas posteriores.

A Constituição de 1937, por sua vez, fruto de um governo autoritário e outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, pouco inovou no Direito de Família, limitando-se a repetir o que já estava na Constituição anterior, mas atribuindo especial atenção à prole⁶. O ordenamento, no entanto, continuava bem distante do ideal, uma vez que o regramento jurídico estava limitado a vincular a família ao casamento, bem como fazia nítida diferenciação entre os membros da família, notadamente entre os cônjuges e os filhos legítimos e ilegítimos.

⁵ BEVILAQUA, Clóvis. Direito da família, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 20.

⁶ “Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”.

A Constituição de 1946, muito embora tivesse evidente caráter social, literalmente repetiu as disposições constituições anteriores, de modo que não modificou o tratamento jurídico dispensado à família, merecendo destaque apenas pela inserção do artigo 164, que tornou “obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência” e atribuiu à legislação infraconstitucional “o amparo de famílias de prole numerosa”.

A Constituição de 1967 trouxe uma inovação formal: o capítulo dedicado à família foi transformado em apenas um artigo, com diversos parágrafos. Materialmente, no entanto, não houve qualquer modificação, com a mera repetição dos dispositivos anteriores.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 1/1969 ou a Constituição de 1969, como preferimos, também não trouxe qualquer novidade ao Direito de Família, muito embora já estivessem ocorrendo diversas mudanças no entendimento doutrinário, como bem observaram Caio Mário e Orlando Gomes em obras editadas neste período:

“Modernamente, o grupo familiar se reduz numericamente. A necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividade fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações freqüentes exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado. Nos meios menos favorecidos de fortuna, os menores começam muito cedo a trabalhar, seja em empregados regulares, seja em serviços eventuais e pequenos expedientes”⁷.

“Sustenta-se, entre nós, porém, que, a despeito de ter a Constituição declarado, no mesmo artigo, que a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, não pretendeu tutelar unicamente a família legítima. O vocábulo ‘família’ não teria sido empregado no sentido em que o usa determinado sistema jurídico, mas com o significado mais amplo de instituição, que abrange o grupo familiar que não se funda no casamento, e, aquele que se origina de matrimônio indissolúvel contraído no estrangeiro por alienígenas que se domicíliam no país. Essa tem sido, realmente, a inteligência dada

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, p. 27.

ao preceito constitucional pelo legislador ordinário, a julgar pelas medidas de proteção dirigidas à companheira, pelo tratamento dispensado aos filhos extramatrimoniais e pelo reconhecimento de conseqüências jurídicas ao concubinato. Mas, sem qualquer dúvida, o preceito constitucional tem por finalidade precípua a proteção das relações de família oriundas do casamento”⁸.

Deste período até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o único fato constitucionalmente relevante para o direito das famílias foi a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, que apesar da brava resistência dos setores religiosos (que persiste até hoje), inseriu o instituto do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, pode-se falar que a história das Constituições brasileiras pré-1988 se marcou pela rigidez e intolerância, muitas vezes inclusive, em descompasso com as evoluções sociais, na medida em que elas apenas contemplaram a formação da família através do casamento, vínculo que até 1977 era indissolúvel.

2.2 A idéia de família na Constituição de 1988

*A família contemporânea constitucionalizada afasta-se do standard talhado em séculos passados. É o afeto o elemento unificador dessa família em busca do novo milênio. Os laços de família, conforme grafava Cecília Meireles, afastam-se dos tradicionais critérios patrimoniais e biológicos, edificando-se sobre os vínculos de amor e de afeição que aportam como os verdadeiros elementos solidificadores da unidade familiar*⁹

A Constituição de 1988 representa profunda ruptura com o conceito de família presente nas Cartas anteriores. Nesse sentido, além da família matrimonializada, reconheceu-se explicitamente a família constituída pela união

⁸ GOMES, Orlando. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, p. 347-348.

⁹ Luiz Edson Fachin, em prefácio ao livro de Vivane Girardi – Famílias Contemporâneas, filiação e afeto.

estável e a família monoparental, o que evidencia indiscutível abertura do sistema constitucional, que não mais restringe a família apenas ao casamento¹⁰.

As antigas premissas básicas constituintes da família (sexo, casamento e reprodução¹¹) se perderam e não são mais necessárias para a configuração de uma entidade familiar. A ausência de sexo e a impossibilidade de reprodução não mais constituem óbices à constituição da família, tanto em face da liberação sexual como também pela existência de inúmeras formas de reprodução assistida; e o casamento deixou de ser a única forma de se constituir o vínculo protegido pelo Estado, em razão do princípio da pluralidade das famílias.

Atualmente o que se exige é que haja uma relação de afeto entre seus integrantes, com igualdade de todos, e que ela seja funcionalizada em razão da dignidade de cada partícipe, ou seja, que vise a contribuir para a formação da personalidade de cada um dos indivíduos bem como para o crescimento da sociedade, atentando-se aos valores existenciais que privilegiam a pessoa humana. É o que se chama de família eudemonista, que aponta o direito à felicidade como núcleo essencial formador da pessoa.

Resta, contudo, controvertido na doutrina se o rol de famílias trazido pelo artigo 226 da Constituição em seus parágrafos é taxativo ou meramente enunciativo, sendo polêmica a discussão acerca da possibilidade (ou não) de reconhecer como entidade familiar relacionamentos que não estejam expressamente previstos na Constituição (família matrimonializada, monoparental e união estável).

¹⁰ Rodrigo da Cunha Pereira afirma que com a Constituição Federal de 1988 “[...] houve o rompimento com a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira, e do modelo de família hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual, em que os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo. Esta Constituição trouxe além de novos preceitos para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família” (Princípios fundamentais norteadores do direito de família, 2005, p. 88)

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A sexualidade vista pelos tribunais, p. 62.

Com o devido respeito às opiniões em contrário, entendemos que razão assiste à corrente doutrinária que defende que o rol legal é meramente exemplificativo, pois com a modificação do conceito de família e em se tratando o artigo 226 da Constituição de verdadeira regra de inclusão, não há que se restringir o reconhecimento de uniões que, além de já fazerem parte da realidade social, não foram expressamente proibidas pelo ordenamento. Se o afeto foi elevado a valor jurídico e a família serve para realização pessoal de todos os seus membros, não se pode negar a proteção estatal a qualquer união na qual se encontre estes elementos.

Com esse mesmo entendimento, afirma Paulo Luiz Netto Lôbo:

“No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução ‘constituída pelo casamento’ (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional ‘a família’, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução ‘a família, constituída pelo casamento, pela uniao estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos’. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos e situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias ‘ilícitas’, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. O *caput* do artigo 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”¹².

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, p. 45.

Além disso, como bem afirmado por FACHIN e PIANOVSKI, o Direito Civil deve atender a uma racionalidade emancipatória da pessoa e que não tenha seu sentido limitado pelo texto positivado, devendo, portanto, através da abertura sistemática, proteger a pessoa em seus direitos e suas necessidades, haja ou não modelo jurídico institucionalizado¹³. E não há como se entender a pluralidade das entidades familiares apenas segundo os modelos previstos no texto constitucional (casamento, união estável e monoparental), pois se assim fosse estaríamos repetindo uma exclusão em virtude de ausência de previsão normativa expressa. Conforme ensina Silvana Carbonera, não está no campo do Direito a decisão acerca das formas de constituição da família ou quais os motivos que são relevantes para tanto – no caso de relações familiares, o direito deve se limitar aos princípios orientadores, atribuindo aos particulares a forma e o modo de conduta de suas relações¹⁴.

Ademais, impossível simplesmente fechar os olhos à realidade e acreditar que as uniões simultâneas, as homoafetivas e as formadas por pessoas impedidas de casar entre si (dentre outras) não existem, pois elas já compõem uma verdade cada vez mais presente na sociedade. A simples omissão legal não tem o efeito de impedir que tais uniões faticamente existentes sejam juridicamente reconhecidas como entidades familiares e lhes seja garantida a proteção estatal à semelhança das demais uniões, que também têm por objetivo o afeto¹⁵. As entidades familiares

¹³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações familiares. In: FACHIN, Luiz Edson (organizador). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

¹⁵ "A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o seu art. 1º, inc. III, que serve de norte ao sistema jurídico. Tal valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei, como bem explicita Konrad Hesse: o fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito" (Maria Berenice Dias – Artigo obtido em:

expressamente previstas no texto constitucional em nada diferenciam das demais uniões com o objetivo de constituir família quanto ao seu elemento essencial – o afeto –, e “excepcionar onde a lei não distingue é a forma mais perversa de excluir direitos”¹⁶. Impossível não concordar que “[...] é o direito quem deve servir aos fatos como moldura flexível e multifacetada, ao invés de estabelecer conceitos excludentes *a priori*”¹⁷, concepção que impede o aplicador do direito de limitar direitos e negar a realidade em razão da ausência de lei.

Parece equivocado extrair da Constituição exatamente o que foi por ela repellido, ou seja, a proteção exclusiva do Estado a determinado modo de constituição de família, de modo que havendo união constituída pelo afeto e com características de estabilidade e publicidade, não há que se negar a tutela estatal.

Note-se que este entendimento já era esposado por Pontes de Miranda, que em comentário à Constituição de 1946 afirmou:

“No garantir a família como *instituição* o texto caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseira feitura do preceito aponta-a como algo de incoerente. A família é protegida como instituição; mas a alusão a casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houver casamento em que se fundasse e, ainda mais, que tal casamento há de ser indissolúvel. Seria absurdo ir-se até aí. O Estado protege a família, como instituição, e se a proteção, que se lhe recomenda o texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a Constituição de 1946, bem como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas apenas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas, país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns ou quase todos os membros Brasileiros, oriundos de casamento não-indissolúvel (e.g. de casal de inglês, alemão, francês, norte-americano, português), seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado”¹⁸.

http://www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uni%F5es_homoafetivas_frente_a_constitui%E7%E3o_federal_-i.pdf.

¹⁶ LARRATÉA, Roberta Vieira. A Constitucionalização das uniões homoafetivas. Artigo publicado no site http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/43__a_constitucionaliza%E7%E3o_das_uni%F5es_homoafetivas.pdf. Acesso em 22/09/2010.

¹⁷ FACHIN. Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324-325.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946, vol. IV, p. 87.

Importante ainda destacar que, conforme ensina Canotilho, na interpretação de normas constitucionais deve ser empregado o sentido que lhe confira maior eficácia possível¹⁹, o que no caso ora em análise corresponde, indubitavelmente, a não restringir as entidades familiares apenas aos casos expressamente previstos no texto, pois este entendimento confere maior amplitude à norma e realiza em maior grau a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, apesar de a Constituição Federal prever expressamente como entidades familiares apenas o casamento (art. 226, §§1º e 2º), a união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º) e a família monoparental (art. 226, §4º), não há como se negar que esse rol é meramente enunciativo, sendo possível incluir na lista de entidades familiares outras situações que, analogicamente, atendam aos mesmos requisitos, como a união homoafetiva²⁰.

¹⁹ Princípio da máxima efetividade, segundo Canotilho: “[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (*Direito Constitucional, 6ª edição, p. 1210*).

²⁰ A respeito do tema, afirma Gustavo Tepedino, com autoridade: “Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito [art. 226, CF/88]: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, deste modo, mandatária, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do CC, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificativamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes” (TEPEDINO, Gustavo. *União de pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil-constitucional*. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: RT, 2009, p. 224).

3. AS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A VISÃO CONSTITUCIONAL

As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza²¹.

Muito embora historicamente a concepção de família esteja intrinsecamente ligada à união entre um homem e uma mulher, não se pode desconsiderar relações nas quais, mesmo havendo identidade de sexo do par, o núcleo formador da união é o afeto.

A interpretação literal do texto constitucional realizada por muitos leva à conclusão de que não existe possibilidade jurídica no reconhecimento de entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo. Esse entendimento, no entanto, não prevalece após análise isenta e sistemática do texto constitucional, sob a luz dos princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico²².

A interpretação jurídica, como se sabe, não é um “exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais, mas sim fruto de um determinado período histórico e das peculiaridades sociais e econômicas. Não mais se admite o entendimento de que o intérprete apenas descobre e revela o sentido pré-inserido no texto, pois na verdade é o próprio intérprete, a partir de valorações concretas e escolhas fundamentadas, que cria a norma a partir do texto legal.

É por essa razão que há um dever ético do intérprete²³ no sentido de que explicita seu ponto de observação e os valores que influíram em sua conclusão, para

²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Arquivo obtido em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>.

²² “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum”. (GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37).

²³ “É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo

que se permita a correta compreensão da fundamentação, bem como a possibilidade de discussão e crítica.

Especialmente na matéria objeto de estudo deste trabalho, no entanto, não raro a ideologia por trás da conclusão a que se chega é velada, notadamente porque o verdadeiro argumento pode ser enquadrado como fora do “politicamente correto” ou pode contrariar de forma mais evidente o interesse de parte da sociedade.

É fato incontroverso que o fator principal de resistência ao reconhecimento das uniões homoafetivas é o preconceito que assola a minoria homossexual²⁴, muito embora esta orientação sexual já tenha precedentes que remontam à idade antiga²⁵.

Contudo, não se pode esquecer que na apreciação do caso concreto não cabe ao aplicador do direito julgar a opção de vida das partes, mas sim apurar os fatos e buscar a solução mais próxima de um resultado justo, o que se pretende fazer a partir de agora.

permanente de auto-exame e a preocupação constante com a ‘questão em si mesma’. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito” (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 30).

²⁴ Note-se, nesse sentido, que há projetos de emenda constitucional e de leis ordinárias acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas tramitando no Poder Legislativo há vários anos que não são submetidos a votação não por ausência de interesse da população, mas pela opressão religiosa ou pelo medo, dos próprios representantes do povo, de não se reelegerem caso votem a proposta. É esse um dos principais motivos pelo qual a matéria nunca foi apreciada no âmbito legislativo (seja para autorizar ou para vedar), bem descrito nas palavras do Desembargador do TJ/SP Francisco de Assis Figueiredo: “essa questão de não haver previsão em lei para garantia dos homossexuais constitui falta de coragem política (ASSIS, Francisco de Assis. Família Isexsexual. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 423).

²⁵ O Des. José Carlos Teixeira Giorgis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fez análise breve, mas abrangente, da história antiga do homossexualismo: É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos. Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade. Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (...com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra. Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenado-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia. Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos. A idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade” (Apelação nº 70001388982, 7ª C. Cível, julgado em 14/3/2001).

No caso das uniões homoafetivas, estamos diante de nítida lacuna²⁶, que exige atividade integrativa do intérprete (através da analogia, costumes ou princípios gerais do direito), pois não se admite a negativa de prestação jurisdicional por falta ou obscuridade de lei (art. 126 do CPC e 4º da LICC).

Nos parece que ao caso é plenamente possível a utilização da analogia²⁷, que tem como requisitos para sua utilização²⁸: a) omissão legislativa; b) semelhança do caso não contemplado em lei com a legislação que se pretende aplicar; c) *semelhança relevante*²⁹, ou seja, verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações.

Quanto ao primeiro requisito (omissão legislativa), é evidente que a legislação não tratou da matéria, não havendo dúvida de que o legislador ainda não teve coragem de abordar o assunto, seja para autorizar a união homossexual ou proibi-la. Ainda, não merece prosperar o argumento de que ao prever a união estável apenas entre homem e mulher houve a tácita proibição às uniões homossexuais, pois além de esta interpretação ser equivocada (por excluir através de uma cláusula de inclusão), o rol de entidades familiares do artigo 226 da Constituição é meramente exemplificativo, conforme já tratado. Por fim, importante também destacar que a ausência de regramento legal acerca da matéria não se trata de silêncio eloqüente (conceito que designa matéria que intencionalmente não

²⁶ “O vocábulo “lacuna” designa os possíveis “vazios”, ou melhor, os casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução” (Maria Helena Diniz. Lacunas no Direito, p. 29).

²⁷ “Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, 6ª edição, p. 277) e “a analogia consiste no processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para levá-la às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 72).

²⁸ Conforme o entendimento de Maria Helena Diniz, em Compêndio de Introdução à ciência do direito, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 411.

²⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 152.

foi inserida no texto legal), mas simples falta de coragem³⁰ para enfrentar o tema, fato que não tem força suficiente para impedir a integração do direito para aplicá-lo ao caso concreto.

A semelhança da situação analisada com a hipótese legal que se pretende aplicar, por sua vez, também parece inequívoca: em que pese a identidade sexual dos pares, as uniões, seja entre homo ou heterossexuais, são relações afetivas não oficializadas, nas quais as pessoas se unem pelo afeto e vão aos poucos convivendo em harmonia, ao ponto de viverem como se casados fossem.

Os que argumentam, dentro deste quesito, que não há semelhança entre as situações cometem manifesta violação aos ditames constitucionais, notadamente aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de maneira que a discriminação pela orientação sexual do cidadão é uma forma de tratar sem igualdade - tratar desigualmente, com preconceito.

E não se pode negar que muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana se constitua em valor axiológico que pode ter a conformação desejada pelo intérprete (o que levou à banalização de sua utilização), obstar o reconhecimento às uniões homoafetivas submete seus integrantes a nítido constrangimento e humilhação, na medida em que o Estado ignora suas relações e nega a mesma proteção conferida aos modelos familiares tipificados, bem como viola um de seus direitos da personalidade – a liberdade de escolha sexual – e imprime mais

³⁰ “Essa questão de não haver previsão em lei para a garantia dos homossexuais constitui falta de coragem política” (ASSIS, Francisco de Assis. Família Isossexual. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 423).

relevância à instituição família do que aos seus integrantes, condutas incompatíveis com mencionado princípio e com a concepção de família eudemonista³¹.

Além disso, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade não se limita a nivelar as pessoas frente à norma legal, mas exige que a própria lei não esteja em desconformidade com a isonomia, não podendo ser fonte de privilégios ou perseguições, e sim instrumento regulador da vida social que deve tratar eqüitativamente a todos, sendo-lhe vedado disciplinar de forma diversa situações equivalentes³². Apreciando o princípio da liberdade em caso mais abrangente do que este (que diz respeito a casamento, e não a simples reconhecimento de união), a Suprema Corte do Estado de Connecticut – EUA decidiu que:

“Muito embora o direito de se casar não seja previsto em nossa Constituição, ele sempre foi considerado como um direito civil básico [...] Apesar de tradicionalmente nós termos a visão de que este direito é limitado à união entre homem e mulher, se aprendemos algo através do tempo e da prevalência das idéias majoritárias sobre as minorias é que até mesmo as práticas sociais e tradições mais comuns e geralmente aceitas normalmente mascaram injustiça e desigualdade que não é reconhecida por aqueles que não estão sendo diretamente afetados por elas. Não é demais lembrar que regras tradicionais e estabelecidas em um passado não tão distante (1) impediam o casamento interracial, (2) excluía as mulheres do mercado de trabalho, (3) consideravam que impedir às minorias raciais acesso às mesmas instalações e instituições públicas à que a maioria tinha acesso como tratamento compatível com a igualdade constitucional. Assim como essas idéias que um dia já prevaleceram, nosso entendimento convencional do casamento deve se submeter a uma apreciação mais contemporânea dos direitos direcionados à proteção constitucional. A interpretação de nossas disposições constitucionais de acordo com o firmemente estabelecido princípio da igualdade leva, inevitavelmente, à conclusão de que homossexuais têm o direito de casar com os parceiros de sua escolha, mesmo que do mesmo sexo. Decisão em sentido contrário exigiria que se aplicasse um conjunto de princípios constitucionais para

³¹ Gustavo Tepedino afirma, com razão, que é incompatível com a dignidade da pessoa humana “admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família” (Temas de direito civil, 1999, p. 350).

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1999, p. 9/10.

homossexuais e outro conjunto, diverso, para todos os demais. A garantia de igualdade perante a lei nos proíbe de fazer isto. De acordo com estas exigências constitucionais, não se pode negar aos companheiros do mesmo sexo a liberdade de se casarem”³³.

Desse modo, atualmente para o Direito pouco importa se a relação é hetero ou homoafetiva, e sim que haja afeto entre duas pessoas com o objetivo público de constituir família. Negar esse direito a qualquer entidade familiar é desprezar a natureza humana de seus integrantes e limitar as pessoas que são, situação que não se coaduna com a “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”³⁴, que se pretende criar.

Com esse entendimento, afirma Luis Roberto Barroso:

“[...] os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade* em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade* no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações”³⁵.

³³ Tradução livre do resumo do julgamento obtido em <http://www.jud.state.ct.us/external/supapp/Cases/AROCr/CR289/289CR152.pdf>: “Even though the right to marry is not enumerated in our constitution, it long has been deemed a basic civil right. E.g., *Loving v. Virginia*, supra, 388 U.S. 12 (“[m]arriage is one the basic civil rights of man” [internal quotation marks omitted]); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541, 62 S. Ct. 1110, 86 L. Ed. 1655 (1942) (same). Although we traditionally have viewed that right as limited to a union between a man and a woman, “if we have learned anything from the significant evolution in the prevailing societal views and official policies toward members of minority races and toward women over the past half-century, it is that even the most familiar and generally accepted of social practices and traditions often mask unfairness and inequality that frequently is not recognized or appreciated by those not directly harmed by those practices or traditions. It is instructive to recall in this regard that the traditional, well-established legal rules and practices of our not-so-distant past (1) barred interracial marriage, (2) upheld the routine exclusion of women from many occupations and official duties, and (3) considered the relegation of racial minorities to separate and assertedly equivalent public facilities and institutions as constitutionally equal treatment.” *In re Marriage Cases*, supra, 43 Cal. 4th 853–54. Like these once prevalent views, our conventional understanding of marriage must yield to a more contemporary appreciation of the rights entitled to constitutional protection. Interpreting our state constitutional provisions in accordance with firmly established equal protection principles leads inevitably to the conclusion that gay persons are entitled to marry the otherwise qualified same sex partner of their choice. To decide otherwise would require us to apply one set of constitutional principles to gay persons and another to all others. 83 The guarantee of equal protection under the law, and our obligation to uphold that command, forbids us from doing so. In accordance with these state constitutional requirements, same sex couples cannot be denied the freedom to marry”.

³⁴ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

³⁵ BARROSO, Luiz Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Obtido em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf. Acessado em 26/09/2010.

Ainda, aqueles que entendem que não haveria semelhança entre uniões homo e heterossexuais em razão de a primeira não ser “certa”, “moral” ou até mesmo por não ser “natural”, esquecem a diferenciação básica entre moral, religião e direito. A República Federativa do Brasil tem por fundamento o pluralismo político (Constituição, art. 1º, inc. V) - que não se confunde com pluralismo partidário -, o que conduz à vedação de qualquer forma de discriminação por opção religiosa ou sexual, não se podendo olvidar que nosso Estado é laico, sendo imperativo que se atue em prol do bem comum e visando a garantir o direito de todos os cidadãos, inclusive aqueles que compõem as minorias.

O Estado laico e democrático³⁶ não pode fundamentar suas decisões em concepções morais e/ou religiosas, mesmo que estas sejam majoritárias, sob pena de violar as garantias daqueles que não as seguem. Os setores religiosos têm o direito de não abençoarem tais relações, mas o Estado e seus representantes não podem, em suas decisões, serem guiados por fundamentos religiosos, de maneira a evitar que haja violação às garantias constitucionais dos demais que não seguem a mesma doutrina.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias expõe com clareza a situação:

“Por fim, não há nada mais artificial do que alegar motivos de moralidade para impedir o reconhecimento da união homoafetiva como uma família. O argumento do ‘pecado’ é francamente incompatível com os princípios de liberdade religiosa e da laicidade do Estado (CF, art. 5º, VI e art. 19, I). O Estado laico não pode basear seus atos em concepções morais e religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, sob pena de desrespeitar todos aqueles que não a professam. Assim, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem tais laços afetivos. Porém, o Estado não pode basear o

³⁶ Luiz Alberto David Araújo afirma que “quando falamos em Estado democrático, referimo-nos, portanto, a um sistema que protege o interesse das minorias, quer sejam elas raciais, políticas, econômicas, etc. Não se pode conceber um Estado Democrático sem a vontade da maioria. Seus valores devem prevalecer, suas idéias predominar. Isso não significa o aniquilamento da vontade dos grupos minoritários, seus valores e suas idéias. Seus temores também devem ser objeto de proteção do Estado” (A proteção constitucional do transexual, p. 6-7).

exercício do seu poder temporal no discurso religioso, a fim de evitar grave afronta à Constituição e aos direitos fundamentais”³⁷.

Aproveitando esta argumentação, mostra-se necessário complementar o raciocínio destacando que a resistência da Igreja Católica à dissolução do vínculo matrimonial (que persiste até hoje) não impediu a criação do divórcio no sistema jurídico brasileiro, instituto amplamente difundido e que vem a reforçar o argumento de que não há família sem afeto entre os seus componentes.

Por esses motivos, mostra-se inquestionável a necessidade de se reconhecer semelhança suficiente entre as uniões estáveis e as uniões homossexuais para se aplicar a analogia visando a suprir a omissão legislativa.

A semelhança relevante, por fim, também está presente, uma vez que as duas situações (união homoafetiva e união estável) estão centradas em relações afetivas e informais entre os integrantes. Cumpre destacar ainda que os desafios que estão sendo enfrentados atualmente pelos casais homossexuais são praticamente os mesmos pelos quais os heterossexuais que mantinham união estável (antigo concubinato) tiveram que passar antes da aceitação da união estável, o que configura semelhança histórica relevantíssima.

Adotando o mesmo entendimento, de que negar aos homossexuais a proteção estatal viola suas garantias constitucionais e aplicando a analogia para suprir a omissão legal, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo pela possibilidade de reconhecimento judicial da entidade familiar homoafetiva para conferir a um dos companheiros o direito à pensão previdenciária por morte:

“DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA

³⁷ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4ª edição, p. 151/152.

DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-

discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - ‘A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social’ de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes” [...]³⁸.

“PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. [...] - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. [...]”³⁹.

“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.

[...] 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. [...] 5. Recurso especial conhecido e provido”⁴⁰.

³⁸ REsp 1.026.981/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 04/02/2010, publicado em 23/02/2010.

³⁹ REsp 238.715/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publicado em 02/10/2006.

⁴⁰ STJ, REsp 820.475/RJ, DJ de 11/05/2009

Além disso, no âmbito do Tribunal Constitucional, o Min. Celso de Melo já se manifestou incidentalmente sobre a matéria, em decisão monocrática assim redigida:

“UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART. 226, PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

[...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, **que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis**”⁴¹.

⁴¹ STF, ADI 3300, Min. Celso de Mello, j. em 03/02/2006.

No âmbito estadual, importante também destacar as decisões dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (pioneiro na matéria) e do Paraná, que abordaram com profundidade a matéria:

“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”⁴².

“APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO”⁴³.

Ademais, inegável que o Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2004, ao estender a inelegibilidade à parceira do mesmo sexo de uma candidata,

⁴² TJ/RS, Apelação Cível nº 70013801592, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006.

⁴³ TJ/PR, Apelação Cível nº 582.499-9, rel. Fernando Wolff Bodziak, julgado em 17/03/2010.

reconheceu a existência da união homoafetiva⁴⁴. Ora, se é possível reconhecer a existência de uniões de pessoas do mesmo sexo para impor-lhes ônus, no caso a inelegibilidade, porque não seria possível também atribuir-lhes os direitos?

Por fim, no âmbito de competência do Poder Executivo, consta do Programa Nacional de Direitos Humanos III a recomendação ao Legislativo para que aprove “legislação que reconheça a união civil entre pessoas do mesmo sexo”⁴⁵.

Desse modo, mostra-se possível a utilização da analogia para, tendo em vista a omissão legislativa acerca da matéria, atribuir às uniões homoafetivas reconhecimento e tratamento jurídico equivalente ao dispensado às uniões estáveis, com todos os efeitos jurídicos dela decorrentes.

⁴⁴ TSE, REsp 24.564, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 01/10/2004, com a seguinte ementa: “REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento”

⁴⁵ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: SEDH/PR, 2010, p. 98.

4. A ADOÇÃO EM CONJUNTO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A adoção é “ato jurídico que dever ser assistido pelo Poder Público e decretada por ato do Estado-juiz, enquanto poder a quem a sociedade outorgou o dever de aferir se a adoção atende aos melhores e superiores interesses da criança”⁴⁶.

No Brasil, a adoção tem fundamento legal no artigo 227, *caput* e §§ 5º e 6º da CF/88, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no princípio do melhor interesse da criança, e está cingida em duas fases bem caracterizadas: a habilitação dos adotantes e a decisão judicial que defere a adoção e gera seus efeitos jurídicos.

Quanto à habilitação, neste procedimento prévio verifica-se a presença dos requisitos legais que foram estabelecidos em abstrato para atender ao bem-estar do adotando e reduzir a possibilidade de que a adoção não ocorra ou lhe seja prejudicial. São os requisitos: a) o pedido pessoal das partes, a adoção não pode ser feita por procuração (art. 39, parágrafo único do Estatuto); b) a idade mínima de 18 anos de pelo menos um dos integrantes da família (art. 42 do ECA, alterado pela Lei 12.010/09); d) diferença mínima de 16 anos entre adotantes e adotado; e) que as partes sejam casadas ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar.

A sentença que defere a adoção reconhece que a situação atende aos interesses da criança e tem motivo legítimo, e tem como efeitos a extinção do vínculo da criança/adolescente com sua família de origem e a conseqüente atribuição da condição e do *status* de filho do casal postulante.

⁴⁶ GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 123.

É entre as duas fases, depois de habilitados os pretendentes e antes da sentença, que em regra⁴⁷ ocorre o encontro entre a criança e seus pais/prestadores, momento que se chama de estágio de convivência e tem a duração estipulada pelo magistrado, conforme as peculiaridades do caso. Esse momento é essencial, pois é nele em que vai ocorrer o efetivo contato entre o casal e as crianças indicadas pelo magistrado.

Recentemente, houve uma modificação relevante no regime da adoção, promovido pela Lei 12.010/2009, que dentre todas as alterações, repetindo o disposto no artigo 1.622 do Código Civil, revisou a redação do artigo 42, §2º para estabelecer expressamente que para a adoção em conjunto “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável”. Para uma parte da doutrina, tal modificação teve por objetivo impedir a adoção por pessoas do mesmo sexo: “O dispositivo [art. 42, §2º do ECA] reforça a opção do legislador brasileiro de não aceitar a adoção por pessoas do mesmo sexo figurando como pai e como mãe. A Constituição reconhece como união estável só aquela constituída por homem e mulher (art. 226, §3º)”⁴⁸.

Com o devido respeito, este entendimento nos parece equivocado, pois sendo possível o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (caso presentes os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade) e lhe sendo atribuída normatividade equivalente à da união estável, como visto no item anterior, retirar do casal a possibilidade de se habilitarem para adotar uma criança/adolescente viola gravemente suas garantias constitucionais e contraria, inclusive, o melhor interesse da criança/adolescente.

⁴⁷ Fala-se em regra porque, não raro, algumas crianças já estão inseridas no lar dos adotantes, pela prática do que se convencionou chamar de adoção “à brasileira”.

⁴⁸ PACHÁ, Andréa Maciel; OLIVEIRA NETO, Francisco; VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil. Novas regras para a adoção. Brasília: Editora AMB, 2009.

A exigência inserida no Estatuto deve ser lida não como uma regra de exclusão, mas sim como proteção à criança/adolescente, e visa a garantir que haja um mínimo de sustentabilidade no ambiente daquela união em que o adotado vai ser inserido. Nesse sentido, note-se que a adoção nada mais é do que a colocação de uma criança em “família substituta” que ofereça “ambiente familiar adequada”, expressões estas que, *a priori*, não excluem as uniões homoafetivas.

Além disso, no que respeita à adoção em conjunto por homossexuais, a população, em sua maioria, é contrária sob os seguintes argumentos, derivados do senso comum: a) a união homossexual não é “natural”; b) a convivência da criança com o casal pode resultar em prejuízos psíquicos, prejudicando seu desenvolvimento; c) pela possibilidade de a criança se tornar homossexual; d) pelo risco de o adotando ser abusado sexualmente; e) pela possibilidade de maior discriminação da criança em razão da orientação sexual de seus pais. Nenhum deles, no entanto, merece prosperar.

Inicialmente, o argumento principal que surge contra a homoparentalidade tem origem na concepção, equivocada, de que a união homoafetiva é uma relação promíscua, ou “não-natural”, e que não oferece ambiente saudável para o desenvolvimento saudável de uma criança. Tal posição, no entanto, tem nítida origem no setor religioso, que vê a família unicamente como forma de procriação e que condena relacionamentos naturalmente inférteis⁴⁹.

Relacionamentos promíscuos, contudo, não são exclusividade do meio homossexual, havendo à exaustão casos na imprensa que demonstram a existência

⁴⁹ Maria Berenice Dias em um de seus artigos (A Constitucionalização das uniões homoafetivas, obtido no site www.mariaberenicedias.com.br) afirma: “O maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões. A idéia sacralizada de família com fins exclusivamente procriativos levou à rejeição dos vínculos afetivos centrados muito mais no envolvimento mútuo. Toda relação sexual deveria tender à procriação. Daí a condenação da homossexualidade masculina por haver perda de sêmen, enquanto a homossexualidade feminina era considerada mera lascívia. A Igreja Católica, ao pregar que sexo se destina fundamentalmente à procriação, considera a relação homossexual uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, verdadeira perversão, baseada na filosofia de São Tomás de Aquino”.

de pessoas que, mesmo após inúmeros anos de casamento, mantêm diversos relacionamentos extraconjugais, às vezes até com o conhecimento do próprio cônjuge e dos filhos, situação que se revela muito mais prejudicial. Além disso, nada indica que casais homossexuais têm maior propensão a abusar sexualmente de crianças/adolescentes do que casais heterossexuais⁵⁰.

Ademais, não há qualquer estudo, médico ou psicológico, que conclua pela prejudicialidade do convívio de crianças/adolescentes com um par homossexual. Pelo contrário. Diversas pesquisas realizadas nos Estados Unidos atestam que o acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra qualquer diferença no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos em relação a casais heterossexuais:

“Há evidências suficientes para se afirmar que crianças criadas por pais do mesmo sexo se desenvolvem tão bem quanto aquelas criadas por pais heterossexuais. Mais de vinte e cinco anos de estudos demonstram que não há qualquer relação entre a orientação sexual dos pais e o desenvolvimento emocional, psicossocial e comportamental da criança. Estes dados demonstraram que não há qualquer risco à criança como resultado de ela ter crescido em uma família com 1 ou mais pais homossexuais. Adultos conscientes e educados, independentemente de serem homens ou mulheres, hetero ou homossexuais, podem ser excelentes pais”⁵¹.

“Dados acumulados sugerem que o atendimento ao melhor interesse da criança requer sua ligação com pais compromissados, educados e competentes. A avaliação se uma pessoa ou um casal atende a essas qualidades parentais deve ser determinada sem prejuízo de sua orientação sexual. Homossexuais, individualmente ou em conjunto, são capazes de atender ao melhor interesse da criança e devem ser

⁵⁰ “[...] precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas [as adoções homossexuais] podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais heterossexuais têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam em uma relação homoafetiva possa causar algum dano. Dano causa a manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção” (STJ, Voto do Ministro João Otávio de Noronha, no julgamento do Recurso Especial 889.852/RS).

⁵¹ PAWELSKI, James G. *et al.* The effects of marriage, civil union, and domestic partnership laws on the health and well-being of children. Disponível em: <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/content/full/118/1/349>. Acesso em 17/03/2010. Tradução livre do original: “There is ample evidence to show that children raised by same-gender parents fare as well as those raised by heterosexual parents. More than 25 years of research have documented that there is no relationship between parents’ sexual orientation and any measure of a child’s emotional, psychosocial, and behavioral adjustment. These data have demonstrated no risk to children as a result of growing up in a family with 1 or more gay parents. Conscientious and nurturing adults, whether they are men or women, heterosexual or homosexual, can be excellent parent”.

garantidos a eles todos os direitos e as responsabilidades dos heterossexuais”⁵²

“Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada nenhuma tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais. Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas no desempenho dos papéis maternos quanto as heterossexuais. Por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais, não havendo sido encontradas evidências de investidas incestuosas para com os filhos. Igualmente não foram detectadas diferenças de identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole. Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo que eram, e nenhuma preferiria ser do sexo oposto. O estudo concluiu: a criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só a um desenvolvimento psicossocial ou constitui um fato de risco psiquiátrico”⁵³

“Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmaram, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou somente um deles; o mais importante é como essa família vive. McIntyre (1994) faz uma análise de pais e mães homossexuais e os sistemas legais de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documento que pais do mesmo sexo são tão afetivos quanto casais tradicionais. Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criadas por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional. Samuels (1990) destaca que, mais importante do que orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em

⁵² APA, American Psychoanalytic Association. Social Issues - Position statement on gay and lesbian parenting. Disponível em: http://www.apsa.org/About_Psychoanalysis/Social_Issues.aspx. Acesso em 16/03/2010. Tradução livre do original: “Accumulated evidence suggests the best interest of the child requires attachment to committed, nurturing and competent parents. Evaluation of an individual or couple for these parental qualities should be determined without prejudice regarding sexual orientation. Gay and lesbian individuals and couples are capable of meeting the best interest of the child and should be afforded the same rights and should accept the same responsibilities as heterosexual parents”.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito & a justiça, 3ª edição, Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006, p. 113-114.

proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável”⁵⁴.

Sobre o argumento de que crianças criadas em ambiente homossexual estão fadadas ao homossexualismo, além de este argumento partir de uma premissa em nosso entendimento equivocado (que o homossexualismo é um ilícito, ou uma ofensa às regras naturais), não há qualquer prova de que a convivência da criança com dois pais do mesmo sexo aumentem as chances de que eles se tornem homossexuais, notadamente porque todos (hetero e homossexuais) são, necessariamente, originados a partir de uma relação heterossexual.

Apreciando a matéria, afirma Viviane Girardi:

“Com a preocupação primeira de que a homossexualidade do adotante se traduz em algo pernicioso à formação da criança ou que, por essa única razão, poderia a criança também desenvolver sua preferência sexual pela homossexualidade, comprova-se a inferência a um padrão tido como o único correto para o ser humano exercer sua sexualidade, que seria a heterossexualidade, refletindo sobre a homossexualidade ainda uma ‘conduta desviante’ desse padrão. Nesse aspecto, torna-se imperioso afirmar que nenhuma pesquisa médica ou psicológica obteve êxito em comprovar que a homossexualidade dos pais é fator suficiente o bastante para determinar a sexualidade dos filhos. Isso se torna bastante evidente no fato de serem os adultos homossexuais, na sua grande maioria, filhos de pais heterossexuais, tendo convivido, desde tenra idade em ambiente familiar e social onde imperavam os modelos de relacionamentos heterossexuais. Essa constatação empírica conforma um indicativo forte que afasta a hipótese de ser a sexualidade dos pais, por si só, motivo suficiente para determinar a sexualidade dos filhos”⁵⁵

Note-se ainda que há muito a psicologia vem registrando que as funções de pai e mãe não precisam, necessariamente, ser exercidas por pessoas do sexo masculino e feminino, respectivamente. Conforme afirma Elizabeth Zambrano, psicanalista e antropóloga do Rio Grande do Sul, a ausência da diversidade sexual

⁵⁴ WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos *apud* GIRARDI, Viviane. Obra citada, p. 153.

⁵⁵ GIRARDI, Viviane. Obra citada, p. 152.

nos pais não gera prejuízos significativos à criança porque eventual falta pode ser suprida pela presença de outras pessoas no convívio familiar, como avós, tios, professores e amigos⁵⁶:

“O conceito de pai e mãe se baseia nos princípios do amor, até mais do que no ‘gerar’, desimportando que tal função seja exercida por um homem e uma mulher, por dois homens, por duas mulheres, ou apenas por um indivíduo. Importa, isso sim, que as necessidades da criança estejam plenamente supridas, notadamente as afetivas, sendo possível, fática e juridicamente, que a adoção seja exercida conjuntamente por pessoas do mesmo sexo”⁵⁷

Ainda, o fato de a criança/adolescente poder sofrer mais preconceito em razão de seus pais serem do mesmo sexo também não parece ser um empecilho ao deferimento da adoção, uma vez que sempre haverá rejeição de crianças, seja porque está acima do peso, tem cor da pele diferente, dentre outros fatores, sendo responsabilidade dos futuros pais prepará-la, em conjunto com a instituição de ensino, para que se ultrapasse esta fase da vida. Esse fato, inclusive, vai lhe permitir perceber, desde cedo, que as pessoas são e tem todo o direito de serem diferentes.

Ora, se esses dados colhidos ao longo de extensos estudos dispõem de nítida confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica, que não pode mais ser aceita.

Na realidade, portanto, nas ações de adoção deve-se atentar, prioritariamente, para os interesses do adotando (art. 1.625 do Código Civil de 2002), em detrimento do preconceito à opção sexual escolhida pelos postulantes. A adoção, como já suficientemente reiterado anteriormente, é um mecanismo de

⁵⁶ ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (organizadora). Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

⁵⁷ Trecho do Acórdão proferido na Apelação Cível nº 625.897-1 do TJ/PR, rel. Luiz Antônio Barry, publicado em 20/04/2010.

proteção dos direitos da criança/adolescente, devendo prevalecer sobre a discriminação, sentimento combatido expressamente pela Constituição. Admitir a adoção homoparental implica em possibilitar que mais crianças encontrem uma família que lhes dê afeto e segurança, atendendo, assim, ao preceito contido no art. 227 da Constituição Federal⁵⁸, e evitar que fiquem abrigadas em instituições de acolhimento estatais (que notadamente não servem ao seu propósito).

Nesse sentido, recentemente o Superior Tribunal de Justiça apreciou a matéria e afirmou que:

“[...] Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

Impedir a adoção pelo casal homoafetivo leva ao absurdo de privilegiar situação na qual apenas um dos pares se habilita a adotar (uma vez que não há qualquer impedimento à adoção individual por homossexual), em evidente

⁵⁸ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

detrimento aos interesses do adotando, que terá vínculo jurídico com um dos pais, mas conviverá e terá vínculo afetivo com ambos os integrantes da união homossexual. Ainda nessa hipótese, em caso de eventual rompimento da união, a criança/adolescente ficará desamparada, com dois pais afetivos, mas apenas um poderá ser instado a prestar-lhe alimentos e/ou exercer sua guarda.

Com o devido respeito às opiniões em contrário, entendemos que o enfoque da questão deve ser outro – não é a opção sexual dos postulantes que vai definir a possibilidade da adoção, mas outros requisitos estabelecidos no Estatuto e que visam a proteger os interesses dos adotandos, dentre os quais a existência de ambiente familiar estruturado e o efetivo benefício à criança. Tanto é assim que é fácil encontrar, na prática, inúmeros pedidos formulados por casais heterossexuais que são indeferidos, pela inexistência de um ambiente saudável ao desenvolvimento da criança/adolescente ou em razão de não haver motivos legítimos⁵⁹.

Obstar os casais homoafetivos de adotarem sem ao menos verificar concretamente (através da equipe técnica do juízo) quais são as condições de seus integrantes em serem pais, além de evidenciar nítido tratamento preconceituoso, não atende o melhor interesse da criança/adolescente por impedir o livre exercício de seu direito constitucional à convivência familiar, ficando relegada a um sistema estatal de acolhimento que notoriamente é ineficaz.

Sendo assim, apesar de todo o preconceito e tabu que cercam a matéria, o que importa para a adoção é a idoneidade e capacidade de quem a postula de assumir as obrigações inerentes à filiação que pretende, independentemente de sua religião, cor da pele ou opção sexual, elementos estes que devem ser analisados no

⁵⁹ Cita-se, apenas a título ilustrativo, pedido formulado por um casal de deficientes visuais na Vara da Infância e Juventude de Curitiba, no qual postulavam a adoção de criança com bom desenvolvimento físico e mental a partir de dez anos para que ele pudesse realizar as atividades domésticas e também guiá-los nas visitas à cidade. Ora, nesse caso é evidente que não há motivo justo, pois os postulantes queriam, na verdade, um empregado, não um filho.

caso concreto, não existindo, em abstrato e *a priori*, qualquer argumento jurídico válido para obstar a homoparentalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda a problemática que envolve a adoção por casais homoafetivos reside em torno do preconceito que até hoje existe na sociedade. Há que se atentar, no entanto, que a sociedade evoluiu, e com isso vieram a tona diversas situações que, embora já existentes antigamente, era mascaradas ou ignoradas pelo Estado e pelas pessoas que o integram. É o caso das uniões homossexuais, das famílias simultâneas, da família monoparental, das pessoas que se casam com os ascendentes. São estas situações que não podem ser ignoradas em um Estado que se pretende igualitário e democrático.

A família, núcleo central da sociedade merecedora da proteção estatal, não pode ficar limitada aos modelos expressamente previstos no texto constitucional, devendo ser aceita como entidade familiar toda união estabelecida pelo afeto, pois sua restrição configura entendimento positivista legalista já há muito ultrapassado e que nitidamente não se coaduna com uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

A realidade, principalmente no âmbito do direito de família, não raro se afasta, e muito, do romantismo da legislação. Por isso cabe aos aplicadores do direito buscar no ordenamento regras que possibilitem atribuir às entidades familiares a devida proteção. É por isso que não se pode limitar as famílias merecedoras de proteção estatal apenas aos modelos expressamente previstos no texto constitucional, devendo ser considerada como entidade familiar toda reunião de pessoas com características de afetividade, estabilidade e ostensividade.

Especificamente sobre as uniões homoafetivas, é inquestionável que a homossexualidade é um fato social que existe desde os tempo antigos, e não se

pode mais hoje em dia ignorar essa realidade e negar a prestação jurisdicional apenas com base na inexistência de previsão legal. O que caracteriza uma família é a existência de amor, e não a diversidade de sexos, e marginalizar as uniões homossexuais configura forma preconceituosa e nítida privação do exercício de um dos direitos de personalidade mais importantes: a liberdade de opção sexual.

Sendo assim, e diante da nítida lacuna legal no que diz respeito às uniões homoafetivas, deve-se aplicar a analogia para atribuir-lhes tratamento equivalente ao da união estável, com todos os efeitos daí decorrentes.

Em se reconhecendo como entidade familiar a união homoafetiva, não há argumento para excluir o casal homossexual de pleitear habilitação para adoção sem que antes se verifique suas reais condições de serem pais e educarem uma criança. Posicionamento em contrário, além de ir de encontro aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, viola o fim primordial da adoção, o atendimento do melhor interesse da criança, pois lhe cerceia o direito da convivência familiar e prolonga sua estadia nas instituições de acolhimento que notadamente não servem ao seu propósito.

Cumprido lembrar que para a concretização de qualquer adoção, é imprescindível que se observe o procedimento legal, com oitiva das partes, elaboração de laudos, realização de estudos psicológicos e sociais e, caso algum destes elementos sinalize para um contexto que não seja favorável à colocação da criança naquela família, é evidente que a medida não vai ser deferida. Estes critérios, no entanto, independem da orientação sexual dos postulantes, mas têm intrínseca relação com sua capacidade de educar e com os reais benefícios da medida à criança, que devem ser analisados concretamente. A preocupação com a orientação sexual dos adotantes, na verdade, é dos adultos, e não das crianças, que visam apenas a ter um lar de verdade.

Não obstante todos esses argumentos, a matéria ainda continua controvertida tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, devendo portanto o magistrado analisar a situação colocada no processo para verificar que hipótese atende aos melhores interesses da criança, sem contudo, excluir de plano a possibilidade de casais homossexuais adotarem em conjunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILAQUA, Clóvis. Direito da família, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações familiares. In: FACHIN, Luiz Edson (organizador). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva. 4ª edição atualizada e revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Rosana. Em busca da família do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324-325.

GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O casamento no direito brasileiro – aspectos diante da Constituição Federal. Revista Forense nº 323, p. 105-118. Rio de Janeiro: Editora Forense.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Forense: Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Direito Civil – estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, p. 89-112, jan-mar/2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*, 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, p. 87.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. *Revista Brasileira de Direito de Família* n. 30, p. 124-159, abr-jun/2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. União de pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil-constitucional. *In: DIAS, Maria Berenice (org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: RT, 2009.

TORRES, Aimberê Francisco. *Adoção nas relações homoparentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte. ano 27, n. 21, 1979.

ANEXOS

- 1 – Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça na Apelação nº 625.897-1, TJ/PR
- 2 – Sentença proferida na 2ª Vara de Infância e Juventude de Curitiba nos autos de habilitação de casal nº 2007.000475-0.
- 3 – Acórdão proferido pela 12ª Câmara Cível do TJ/PR na Apelação nº 529.976-1.
- 4 - Acórdão proferido pela 11ª Câmara Cível do TJ/PR na Apelação nº 582.499-9.
- 5 – Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 889.582/RS.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
000178

COLETA CÂMARA CÍVEL

A representante do Ministério Público lotada na 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção da Capital, inconformada com parte da sentença proferida pelo Juízo no pedido de inscrição dos autores ~~XXXXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXXXX~~, o qual julgou procedente o pedido, permitindo ao casal homoafetivo o direito de inscrição no livro de pessoas em condições de adotar crianças e adolescentes, vem interpor recurso de apelação, objetivando reformar parcialmente o **decisum**, no sentido que o direito de adotar só possa ocorrer quando o adotando tenha no mínimo a idade de 12 anos.

Salienta a ilustre Promotora de Justiça que não é possível prevalecer o direito do adulto em detrimento do direito da criança ou do adolescente, não devendo ser sacrificado o direito da infância para garantir o direito do adulto.

Pontua que os autores, ora apelados, os quais formam um casal homossexual masculino, querem fazer valer o direito de adotar mas não mencionam o real interesse da criança.

Assevera que a limitação de idade busca oferecer ao adotando a possibilidade de manifestar-se, caberá ao adotando de 12 ou mais anos de idade pronunciar-se sobre a condição de ser adotado por um casal homossexual, situação que a própria lei exige quando no pedido de adoção o adotando possua 12 anos ou mais anos.

Sem a observância dessa manifestação do adotando, ocorrerá aos *“apelados mais benéncias do que as crianças”*.



Menciona que a *"Justiça da Infância e Juventude visa o bem-estar e proteção suprema da criança e do adolescente pouco se importando com o querer ou o sentir do adulto"*. Não se trata de preconceito em relação aos autores por não apresentarem contornos de um formato tradicional, mas apenas de precaução em relação ao sentir do adotando.

Reitera que a idade mínima deve ser de 12 anos, momento no qual o ECA obriga a oitiva do adolescente, lembrando *"que se ao adotando for garantido o direito de exprimir o seu sentir, não haverá dúvidas de que poderá ser adotado pelos apelados e então o Estado estará cumprindo o seu inescusável papel garantidor sem violar direitos de qualquer origem"*.

Os apelados contraminutaram, refutando as alegações do apelante, insistindo pela manutenção da sentença. Outrossim, preliminarmente, postularam o não conhecimento da apelação, sob o pressuposto de que como houve embargos de declaração, deveria o apelante reiterar as suas razões recursais, o que não ocorreu.

Historiados os fatos, apreciar-se-á o recurso.

A apelação merece ser conhecida, estão presentes os requisitos para sua admissibilidade, mas não deve ser provida, permanecendo intocável a bem lançada sentença de 1º grau.

A preliminar levantada pelos apelados não merece acolhimento.

Não obstante os autores terem apresentado embargos de declaração, nem por isso a apelação interposta pelo Ministério Público anteriormente ao pleito dos embargos declaratórios deveria ser ratificada, senão vejamos.

Primeiramente os embargos declaratórios não foram



000180

MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

apresentados pelo apelante (Ministério Público), mas pelos autores, ora apelados. Diferente seria se o Ministério Público ingressasse com apelação e embargos, cujos objetos dos reclamos fossem o mesmo. Aí, sim, pois se o Juiz viesse a acolher os embargos quem sabe a apelação até perdesse seu objeto (falta de interesse processual).

Em segundo lugar os embargos declaratórios dos autores foram apenas para retificar o nome de um dos autores, de ~~XXXXXXXXXXXX~~ para ~~XXXXXXXXXXXX~~, erro material devidamente corrigido pelo Juiz. Ora, esse pleito de embargos declaratórios nada teve em comum com o reclamo recursal do Ministério Público.

Conclui-se, a preliminar de não conhecimento da apelação não merece ser acolhida.

Respeitante ao apelo em si, penso de forma diversa do entendimento sustentado pela ilustre Promotora de Justiça Doutora Marília Vieira Frederico.

Não obstante a matéria ser polêmica, envolvendo várias áreas do conhecimento, em especial psicologia, sociologia, além do próprio direito, não visualizo nenhum óbice para que um casal homossexual possa adotar, seja o adolescente uma criança (0 a 11 anos), seja um pré-adolescente ou adolescente (12 a 17 anos).

A Constituição Federal de 1988 não trouxe nenhum dispositivo restritivo que diminuísse os direitos daquelas pessoas que fizeram uma opção sexual diferenciada da grande maioria, ao contrário, afirmou que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Se não há na nossa Carta Magna nenhuma sinalização de que o homossexual tem menos direitos que o heterossexual, qual seria a razão jurídica



para impedir que um homossexual ou um casal que vive em união homoafetiva não possa adotar uma criança?

Não há razão jurídica para tal impedimento, nem restrição para que a adoção só seja permitida aos menores com idade mínima de 12 anos.

Não é o fato de não existir uma lei expressamente permitindo a adoção por pessoa homossexual ou um casal em união homoafetiva, que fará com que não se permita a adoção.

Poder-se-ia até não recomendar a adoção por um casal constituído de uma família "*não convencional*" se houvessem riscos para a criança ou adolescente adotando pelo simples fato de que não seria psiquicamente salutar esse tipo de adoção.

Ocorre que a psicologia, dentro de suas várias linhas teóricas (yunguiana, behaviorista, comportamentalista, sistêmica, gestalt, etc.), bem como a visão Freudiana (os estudiosos dizem que não é uma linha da psicologia) e a psiquiatria, ao abordarem a temática asseveram que não há nenhum prejuízo psíquico para o adotando menor, independentemente da idade, salientando que o adotando não seguirá a orientação sexual do pai (ou mãe) adotante, a inclinação por um comportamento homossexual ou heterossexual não deriva da orientação sexual dos pais, sejam eles biológicos ou adotivos.

O porquê da postura homossexual é algo que os estudiosos da psicologia, da psicanálise (Freud), da psiquiatria e da genética ainda não chegaram a um consenso, e talvez nunca cheguem, até porque tal discussão provavelmente perderá sua razão de ser.

Se ainda hoje se desconhece o porque da orientação homossexual, com certeza a ciência (psicologia, psicanálise, psiquiatria) já concluiu que o pai ou a mãe homossexual (seja biológico ou adotivo) não transformará seu



filho(a) (biológico ou adotivo) em homossexual.

Para confirmar essa tese, trago a colação posições de estudiosos dessas apontadas áreas, especificamente a manifestação extraída no texto: A nova família- adoção por homossexuais, de autoria de Luísa Gockel, com colaboração de Maria Eduarda Mattar¹:

De acordo com a psicanalista e mestre em Família e Adoção pela PUC-Rio, Cynthia Ladvoat, já houve dois casos anteriores de adoção por homossexuais mulheres. Um deles envolveu a guarda do filho da cantora Cássia Eller por sua companheira. Ela obteve a guarda do menino com o qual já convivia e teve o direito de continuar uma convivência já estabelecida anteriormente. (...)

(...) Cynthia Ladvoat explica que, do ponto de vista legal, não existe nenhum impedimento para que homossexuais adotem crianças, pois a sexualidade de cada postulante à adoção não faz parte dessa avaliação. "Para que pais possam adotar, eles devem ser avaliados pelo serviço social e de psicologia como indivíduos capazes de prover a uma criança um ambiente saudável, afetivo e que supra as necessidades físicas e psicológicas para o seu bom desenvolvimento", afirma.

Para a presidente da Comissão de Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Tânia da Silva Pereira, tradicionalmente a Constituição reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, mas tem reconhecido também outras formas de convivência, como uma pessoa sozinha com filhos.

Tânia, que também é professora de Direito de Família e Direito da Criança e do Adolescente da PUC-RJ, explica que as "entidades familiares" identificadas no nosso sistema jurídico não foram suficientes para atender às necessidades de proteção. Outras formas de família estão reconhecidas nesta mesma categoria constitucional para obterem a proteção do Estado. (...)

(...) Segundo ela, é importante lembrar que, apesar de não haver uma lei que diga expressamente que é possível a adoção por casais homoafetivos, esse direito pode ser concedido baseado em princípios constitucionais. "Não existe uma base legal, mas o direito brasileiro se constrói com a jurisprudência", avalia a advogada. (...)

(...) A professora de Direito Tânia da Silva Pereira lembra em artigo que "a falta de identificação com alguma pessoa de forma continuada e afetuosa conduz ao desenvolvimento de um quadro conhecido como "hospitalismo", manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de desenvolver um "quadro psicotizante" pela falta de uma segura referência materna e familiar.

Segundo ela, a experiência vivida em tais instituições acrescenta problemas na vida dessas crianças e adolescentes, que já estão marcadas pelo sofrimento decorrente da orfandade, do abandono e, muitas vezes, de maus-tratos. "Priorizo sempre a

¹GOCKEL, Luísa. A nova família- adoção por homossexuais, dez.2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2006/dezembro-2006/a-nova-familia-adocao-por-homossexuais>>. Acesso em: 26 outubro 2009.



0110183

MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

possibilidade de a criança estar num ambiente familiar do que num abrigo. Muitas vezes, uma família de acolhimento é melhor do que a família biológica", diz. (...)

(...) Segundo Cynthia, não existem pesquisas que comprovem que uma criança que viva com "dois pais" ou com "duas mães" sofra distúrbios diferentes do que outras crianças criadas em lares heterossexuais. "O que se sabe até o momento é que não é isso que garante um bom desenvolvimento psicológico de uma criança. Muitas famílias constituídas por um pai e uma mãe podem ser muito mais danosas do que uma família constituída por pais homossexuais", afirma.

Ela admite que a ausência de uma das figuras - paterna ou materna - sempre será sentida. Mas acredita que esse tipo de sentimento também acontece em casos de separações, mortes ou afastamentos. "No caso de duas mulheres ou dois homens no cuidado de uma criança, a falta de uma figura feminina ou masculina pode ser suprida pela identificação com outras figuras do convívio familiar e social, como tios, padrinhos, parentes em geral, amigos, professores etc.", defende a psicanalista. (...)

(...) A forma como a sociedade vai receber essa criança adotada por casais homossexuais é uma das principais preocupações de pais adotivos e profissionais da área. O medo é que o preconceito em relação ao relacionamento dos pais ou das mães seja estendido à criança. Para Cynthia, muitas outras questões menos complexas encontram resistência não somente da Igreja, mas da sociedade em geral.

Ela defende, no entanto, que a sociedade precisa se preparar para as novas formas de socialização e relacionamento. "A união homossexual e a adoção de crianças não são exatamente um fato novo. Porém, na atualidade, vemos casais gays lutando pelos seus direitos a terem filhos e a assumirem uma vida em família. O preconceito existe e deve fazer parte de debates, entrevistas e matérias na imprensa para a construção de uma nova cultura sobre essas novas configurações familiares", acredita.

A representante do IBDFAM é otimista em relação à aceitação da sociedade. Ela acredita que esse tipo de situação será incorporada com muito mais facilidade do que se imagina. "Antes a separação era inaceitável. Antes não era possível registrar filhos fora do casamento. A lei vem consolidar aquilo que a sociedade já vem praticando", afirma Tânia.

Outrossim, vale também transcrever a Resolução nº 001/99 do Conselho Federal de Psicologia:

RESOLUÇÃO CFP Nº 001/99 DE 22 DE MARÇO DE 1999

"Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual"

O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

RESOLVE:

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.



040184

MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Brasília, 22 de março de 1999.

ANA MERCÊS BAHIA BOCK
Conselheira Presidente

O argumento da eminente Promotora de Justiça no sentido de que só deve permitir a adoção por "*casal diferenciado*" quando o menor tiver idade mínima de 12 anos, o que possibilitará a sua manifestação de vontade, ***data venia*** não parece ser a tese mais acertada.

Reporto-me aqui as lúcidas colocações inseridas na sentença proferida pela Juíza Dra. Maria Lúcia P. Espíndola (fls. 117 a119).

"O fator de discriminação deve orientar-se por critérios de razoabilidade, a fim de que o tratamento diferenciado seja imprescindível e inafastável. Na espécie, a razão que serviria o ***discrimen*** proposto pelo Ministério Público não se revela plenamente justificável, pois o objetivo da lei está em conferir à criança o direito fundamental de convivência familiar, não sendo plausível uma exegese restritiva desta diretriz, com o propósito de vedar a casais homoafetivos a adoção de crianças.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

Destarte, a orientação sexual do casal adotante não legitima por si só, o tratamento diferenciado postulado pela Doutora Promotora de Justiça, vez que ofenderia o princípio da igualdade.

Evidentemente, haverá aquelas pessoas que sustentarão o perigo da identificação da criança com os pais homoafetivos, o que a conduziria a repetir na vida o mesmo modelo.

Porém, esse argumento é frágil e discriminatório. Consta no estudo elaborado pela Equipe Interprofissional que *"a construção dos papéis de pai e mãe ocorrerá da mesma forma que nas adoções monoparentais. As funções paternas e maternas necessitam existir, porém exercícios independentes do gênero sexual, pois são funções."*

E, no caso dos requerentes afirma a equipe que percebeu *"que o equilíbrio de ambos possibilitará, junto do convívio de familiares e amigos que os cercam, suprir de forma saudável essas funções"* (fl. 58).

A circunstância de a criança identificar-se com seus pais, seja de que modo for, é inegável. Mas a identificação ocorre com os papéis (funções) que eles representam e não com a forma física (genital), como analisado no estudo acima referido.

Veja-se que, por exemplo, se os filhos fossem, necessariamente, seguir o mesmo modelo dos pais, não deveria haver na sociedade nenhuma pessoa homoafetiva gerada e criada por casais heterossexuais. Manifesta que a realidade é outra!

O Tribunal de Justiça do Paraná, em recente julgamento, enfrentou o tema vertente e concluiu ser inadmissível a limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Confira-se:



000186

MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

"APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.²

Colaciona-se excertos do voto da lavra d. Relator, Juiz convocado D'Atagnan Serpa Sá, que dirimem a polêmica em tela:

"Cumpra de pronto salientar que a ausência de leis não quer dizer ausência de direito. Muito pelo contrário. É em casos como o que se apresenta que se deve procurar bom senso para suprir tais lacunas. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo efetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

(...) Uma vez reconhecida que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, impondo-lhe os ônus das relações familiares, não há razão para que não lhe seja, também assegurados todos os direitos e garantias no âmbito do direito das famílias, não havendo fundamento válido, portanto, para restringir a adoção por estas entidades.

² Apelação Cível nº 529.976-1, 2ª Câmara Cível, Relator Juiz Conv. D'Atagnan Serpa Sá. Decisão unânime. Julgado em 11.03.2009.



(...) São inúmeras as crianças à espera de um lar, uma família que lhe dará educação, afeto, alegria, respeito, compreensão e oportunidade; uma família de pais sem vínculos biológicos, mas que certamente saberão suprir suas necessidades materiais, morais e emocionais no decorrer de suas vidas. Para essas crianças pouco importa se são eles monoparentais, pluriparentais, homoafetivos ou qualquer outra classificação, brancos ou negros, altos ou baixos, gordos ou magros, nem mesmo se importam se são ricos ou pobres, desde que suas carências sejam supridas e possa haver, mutuamente, amor, compreensão e respeito pelo indivíduo que cada um de nós quer ter a liberdade de ser e exercer.

(...) Dizer aos apelantes, 'sim, vocês podem adotar, mas somente crianças do sexo feminino, maiores de 10 anos', é o mesmo que dizer 'não queremos que vocês adotem'.

E assim agir, estaremos transformando a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento."

Na oportunidade trago a colação a seguinte ementa do TJ do

R.S.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

INSCRIÇÃO DE JUSTIÇA

010188

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. APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592. COMARCA MINISTERIO PUBLICO APELANTE. ACÓRDÃO. Porto Alegre, 05 de abril de 2006. DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Relator.

Todos nós sabemos que para alguém (ou casal) adotar uma pessoa menor de idade é preciso seguir todo um procedimento, com ouvida dos adotantes, elaboração de laudos psicológicos e sociais, percepção da relação adotante e adotando, inclusive com observação da interação e da própria vontade do adotando frente aos pretendentes adotantes. Ora, se as sinalizações não caminharem para um contexto favorável a adoção, é óbvio que tal não deverá ser concedida, entretanto, se os indicativos apontarem da conveniência para o menor da adoção, esta deverá acontecer, observando sempre os procedimentos processuais.

A adoção para se concretizar não se fulcra apenas no querer do adotando, este querer é muito importante e ele pode ser captado pelos profissionais da área da psicologia e do serviço social não apenas pela manifestação verbal (eu quero ser adotado por tal pessoa ou casal), mas pelo conjunto das manifestações e expressões sinalizadas pela criança ou adolescente, lembrando que mesmo que a criança não verbalize com facilidade o que sente (exemplo: sua idade é inferior a 02 anos), é possível identificar se a criança sente-se confortável no convívio dos adotantes.

Também é imperioso frisar que mesmo o pré-adolescente, aquele que possui de 12 a 14 anos de idade, com a o adolescente de 15 a 17 anos, ao expressar sua vontade sobre determinada situação, a qual inquestionavelmente



deve ser levada em consideração, não significa que tal posicionamento é a real expressão do seu querer, afinal é na adolescência (12 a 17 anos) que há uma alternância frequente do seu querer.

Para confirmar esse entendimento trago a colação as lúcidas palavras do psicólogo Maurício Knobel, o qual na obra "*Síndrome Normal da Adolescência*", escrita em parceria com Arminda Aberasturi, ano 1981, sinaliza:

"Contradições sucessivas em todas as manifestações da conduta. (...)

(...) O adolescente não pode montar uma linha de conduta rígida, permanente e absoluta, ainda que muitas vezes o pretenda ou procure. (...)

(...) Siegel (63) falou da personalidade do adolescente, descrevendo-a como uma esponja. Logicamente é uma personalidade permeável, e que também projeta enormemente, ou seja, é uma personalidade na qual os processos de projeção e introjeção são intensos, variáveis e freqüentes. (...)

(...) é o mundo adulto quem não suporta as mudanças de conduta do adolescente, quem não aceita que o adolescente possa ter identidades ocasionais transitórias, circunstanciais, como descrevi anteriormente, e exige dele uma identidade adulta, que logicamente não tem por que ter."

O mesmo autor pontua de forma bem clara "as constantes flutuações do humor e do estado de ânimo", o que vale dizer que num processo introjetivo e projetivo o adolescente muda constantemente o seu querer.



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
010190

Verifica-se portanto que o adolescente muda com frequência de posição, pela manhã gosta de Maria, a tarde não gosta mais, de manhã está alegre, a tarde triste, hoje quer ser escritor, no dia seguinte fala em entrar no exército.

Não resta dúvida que o Legislador acertou em determinar que nos processos de adoção cujo adotando tenha 12 ou mais anos, ele seja ouvido, manifestando o seu querer, mas esse querer e isso é importante frisar é muitas vezes volúvel, sofre mudanças radicais.

A ouvida do adolescente não é o marco maior para conceder a adoção, não que se deve ignorar esse querer verbalizado, mas é preciso "*entender psicicamente*" esse querer.

Feita essa explanação acima, pode-se afirmar que a verbalização do menor com 12 ou mais anos é importante, mas merece ser interpretada também a luz da ciência da psicologia.

Se na adolescência o seu querer sofre modificações frequentes, o mesmo ocorre na infância, seja na 1ª infância (0 a 05 anos) ou na 2ª infância (06 a 11 anos), o que também leva a conclusão que a criança na identificação do seu querer deverá levar-se em consideração toda a sua expressão, incluindo verbalização, postura, choro, sorriso, carinho, estórias – o que ele conta, e tudo o mais.

Ora, se for para adotar esse critério (adotar apenas após o menor completar 12 anos), estaremos recepcionando uma tese que a ciência da psicologia não recepciona, pois ela afirma, como já explanado, que o adolescente muda de idéia tal qual as folhas das árvores balançam conforme a duração do vento.

Handwritten signature or mark on the right margin.



000191

MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

vento.

Igualmente, recepcionar a tese de que o querer do menor de 12 anos não teria importância, pois sua expressão, seja verbal ou não, pouco ou nada significaria, não é recomendável. É preciso saber o que o menor de 12 anos sente frente ao postulante adotante.

Derradeiramente, haveria uma contradição em permitir a adoção para casais homossexuais apenas com adolescente com idade mínima de 12 anos, e permitir para casais heterossexuais adotar menor com menos de 12 anos, como se o querer do adotando residisse apenas em "*saber se o casal adotante tem orientação sexual X ou Y*", na verdade para a criança ou adolescente isso provavelmente não terá importância, o que lhe interessa é sair da "*casa de abrigo*" ou "*orfanato*", ser recebido com carinho, amor, não ser vítima da indiferença, maus-tratos físicos ou psíquicos e até mesmo um conforto material (uma boa cama, brinquedos, comidas gostosas).

"A preocupação da orientação sexual do casal adotante é nossa, do adulto, não da criança ou do adolescente",

Conclui-se, não há razão jurídica, psicológica, psiquiátrica ou sociológica para impedir que um casal homoafetivo possa adotar uma criança com idade inferior a 12 anos.

Ex positis, manifesto-me pelo conhecimento da apelação, mas pelo seu desprovimento, mantendo intocável a bem elaborada sentença **a quo**.

Curitiba, 27 de outubro de 2009.


Luiz Eduardo Canto de Azevedo Bueno
Promotor de Justiça em Segundo Grau



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

No que tange à motivação dos requerentes, gize-se o estudo avaliativo as fls. 53-59 que: "possuem relacionamento afetivo estável, afeição por crianças ressaltando o convívio prazeroso com os sobrinhos e amigos destes. Viajaram muito, conheceram diversos locais e que planejaram a estabilidade profissional e financeira objetivando filhos. Mencionaram ainda que a educação de ambos foi recebida através dos seus genitores com ensinamentos em princípios éticos, morais e principalmente com o sentimento de família. Desde o início da relação já pensaram nos futuros filhos que ambos desejam ter, porém sabiam que primeiramenteurgia a necessidade de estabilidade. Propiciar à filha, amor, segurança e oportunidades. Afirmaram: 'queremos nos tornar pais, queremos muito ter uma filha' sic, verbalizaram que possuem relação afetiva estável, são uma família e possuem um desejo forte de se tornarem pais e no momento em suas vidas não pensam em outra coisa."

Ao final, o estudo tece considerações sobre a adoção por casais homoafetivos e conclui que:

"(...) À alegação de que a adoção por homossexuais pode causar distúrbios na identidade sexual do adotado, estudo nesta área tem afastado essa hipótese, embora se reconheça que os filhos herdaram muito da história de vida de seus pais. O que verifica é que a homossexualidade dos pais, por si só não determina a identidade do gênero e orientação sexual da criança.

No que se refere à construção dos papéis de pai e mãe, ocorrerá da mesma forma que nas adoções monoparentais. As funções paternas e maternas necessitam igualmente existir, porém exercidas independente do gênero sexual, pois são funções. A função paterna precisa existir em três vértices: proteção, limite e direção e a função materna se realizará provendo o vínculo, a nutrição e a organização. Existindo as duas funções, estará garantida à criança, sua estrutura psíquica. No caso dos requerentes, percebemos que o equilíbrio de ambos, possibilitará, junto com a ajuda das madrinhas e dos amigos que os cercam, suprir de forma saudável essas funções.

M. Mendonça

101
R



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Com relação às discriminações de caráter social que talvez possam acontecer, temos a considerar de que as crianças adotivas ou não, precisam preparar-se para enfrentar um mundo repleto de diferenças e este papel cabe aos pais. Não respeitar as diferenças existentes na sociedade e em nós mesmos, reforça os preconceitos herdados, criados e construídos, discriminando os que não são ou não parecem iguais. Como os pais revelam a condição de adotiva da criança, determina a forma com que a criança irá lidar com sua história de vida. A mesma coisa acontecerá com a sexualidade, independente de serem homoafetivos ou heterossexuais. Percebemos nos requerentes, a capacidade de educar, com elementos preponderantes como dosagem de amor e diálogo franco sobre afetividade, possibilitando o enfrentamento de incidentes discriminatórios, seja sobre sua adoção, seja pela opção sexual dos pais e outros tantos que representem uma minoria."

Da união homoafetiva

A sociedade atual tem concebido novas formas parentais, quebrando paradigmas antigos que reconheciam apenas na união entre homem e mulher a composição legítima da família e que considerava, quase sempre, os modelos diferenciados de amor como uma transgressão intolerável àqueles costumeiramente aceitos. Mas, aos que estudam o direito como ciência dinâmica que é, não se pode negar que a sociedade evoluiu a passos de gigante e a legislação a passos de tartaruga, e que na medida em que o homem moderno acolhe em seus costumes os bancos de congelamento de sêmen humano, a inseminação artificial e *in vitro*, a existência de filhos sem a união carnal entre um homem e uma mulher, desaparecendo a figura exclusiva do homem reprodutor e entrando a do médico facilitador, admitindo ainda a doação de óvulos e a cessão de útero ou "barriga emprestada", não é mais possível deixar de reconhecer que ao direito cabe cancelar a existência jurídica igual desses filhos havidos sem o congresso sexual de prazer entre um homem e uma mulher perpetuadores da espécie.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Está quebrado, portanto, o eixo principal da cadeia familiar patriarcal, abrindo-se as portas para que se pense e evolua a respeito da possibilidade e plena oportunidade de falar-se juridicamente da união estável entre as pessoas homoafetivas e, mais que isso, e aqui o tema desafia, a considerar-se a necessidade de realizarem filiações sentimentais por meio da adoção de crianças e adolescentes maiores abandonados, para pessoas do mesmo sexo unidas afetivamente que componham uma dessas novas formas de família, não se falando aqui, é bom destacar, de casamento entre homossexuais, mas de reconhecer-se na esfera jurídica a vida comum entre eles já constituída no plano fático. É certo que as uniões de fato entre dois seres humanos do mesmo sexo é uma constatação real, não resistindo mais à velha censura apoiada na manutenção dos "bons costumes", visão arcaica que não tem o condão de abafar a realidade de pessoas que partilham vida em comum, sobre o mesmo teto e se amam, gerando daí direitos e obrigações recíprocas, inclusive no plano patrimonial.

Sobre o tema, discorre a professora Tânia da Silva Pereira²:

"A adoção por casal homoafetivo deve ser avaliada por uma equipe interdisciplinar vinculada à Justiça da Infância e Juventude, levando em conta o tempo de sua convivência e a estabilidade do relacionamento, sua publicidade. Principalmente, deverá considerar as condições dos adotantes para cuidar, dar carinho, educação, proporcionando ao filho lazer, vida saudável e convivência familiar. A opção sexual dos adotantes não deve definir o critério de preferência, a não ser na hipótese em que estiver em foco a primazia para a adoção nacional; ao reconhecer a excepcionalidade da adoção internacional, visa-se, sobretudo, a permanência da criança em seu país de origem. Da mesma forma que a legislação brasileira equipara direito dos adotantes solteiros, casados e aqueles que vivam em união estável, não deve o relacionamento homoafetivo dos pretendentes ser motivo do afastamento de suas pretensões de acolhimento em família substituta.

² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente – Uma Proposta Interdisciplinar*. 2ª ed. rev. e atual. Renovar, 2008, p. 432-434.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Alerte-se que, o fato de que a criança adotada dessa forma sofra constrangimentos e discriminações no meio social é uma possibilidade real, apesar de todo o amadurecimento e esclarecimento sobre a questão. No entanto, ainda assim, será melhor a colocação nessas famílias do que a permanência em instituições. Completa Ana Paula Ariston Barion Peres: 'a convivência num ambiente familiar permite que a criança desenvolva sua individualidade e cidadania, ao passo que na instituição lhe é dispensado um tratamento coletivo. Ademais, a assistência profissional por psicólogos ou assistentes sociais e o próprio amor da família farão com que supere essa dificuldade, que é apenas mais uma entre tantas outras que ocorrerão no decurso da vida e que, se trabalhadas corretamente, contribuirão para que se torne um adulto mais forte e preparado'."

Dos princípios da igualdade e da não discriminação

A Constituição da República de 1988 ao estabelecer a proibição de discriminação por sexo e o princípio da igualdade entre os direitos fundamentais, recepcionou o conceito de união estável, e para configurar a natureza jurídica da união de fato entre pessoas do mesmo sexo o professor Miguel Reale enfatiza que o direito é fato, valor e norma.

Ora, se o direito é fato, valor e norma, valor é movimento social, fato sedimentado no mundo prático, exurgindo daí a necessidade de incidência de uma norma e no caso por analogia, a disposição maior inserida genericamente na Carta Magna como união estável, pois o texto constitucional em nenhum momento veda expressamente a união entre duas pessoas do mesmo sexo, logo "o que não é proibido, é permitido"³.

³ BASSETTO, Ingrid Pereira. *A União Estável de Homossexuais e a Adoção: Possível ou não?*. Escola da Magistratura do Estado do Paraná.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

O texto constitucional de 1988 assegura em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo inviolável, entre outros direitos, o direito à igualdade. Diante desse dispositivo faz-se refletir o porquê da resistência à aceitação do fato da existência de união estável entre homoafetivos e de considerá-la como família ou mesmo entidade familiar, vedando, inclusive, a possibilidade de essa união adotar uma criança. Se todos são iguais perante a lei, protegendo-se o direito de igualdade assim como direitos e garantias fundamentais da Constituição da República, não há uma explicação para tal vedação quanto à adoção por casais homoafetivos. Aliás, essa vedação afeta o Estado Democrático de Direito. Não há nenhum dispositivo na lei que desabone uma pessoa a formar uma família, principalmente com relação à adoção, a sua escolha sexual, até porque essa escolha é livre, não podendo em nenhuma hipótese classificar as pessoas em melhores ou piores.

Segundo o magistrado paulista José Luiz Mônico da Silva⁴:

"O Estatuto da Criança e do Adolescente não contém dispositivo legal tratando de adoção pleiteada por homossexuais. Por causa dessa omissão, é possível que alguns estudiosos entendam inviável a adoção por homossexuais. A nosso ver o homossexual tem o direito de adotar um menor, salvo se não preencher os requisitos estabelecidos em lei. Aliás, se um homossexual não pudesse adotar uma criança ou um adolescente, o princípio da igualdade perante a lei estaria abertamente violado. E mais: apesar da omissão legal, o ECA não veda, implícita ou explicitamente, a adoção por homossexuais. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva".

⁴ SILVA, José Luiz Mônico da. *Adoção: mitos e verdades*. Revista Panorama da Justiça, ano V, n. 29, p. 44.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

O princípio da não discriminação está intimamente ligado ao princípio da igualdade, pois não pode haver igualdade em uma sociedade se houver discriminação. Assim, a partir do momento em que uma parcela da sociedade é deixada à margem por sua opção sexual ser diferente da maioria, está diante de uma sociedade preconceituosa.

O princípio da dignidade da pessoa humana está resguardado como princípio fundamental da Constituição da república (art. 1º, inc. III), ou seja, é muito mais que um princípio, é um fundamento que não pode ser deixado de lado seja qual for a situação. Deve servir como linha guia de qualquer sociedade que quer proteger seus cidadãos, valorizando-os como pessoas acima de tudo. Infelizmente muitos sofrem pela discriminação, pura e simplesmente por fazerem escolhas diferentes da maioria. Não há como a Justiça fechar os olhos para a evolução social que ocorreu e com ela mudanças de comportamento, sendo que isso pode ser observado na crescente existência de casais homoafetivos que vivem em união estável. Uma vez que é deixada à margem da sociedade, está sendo tirada dessas pessoas a sua dignidade, pois são rotuladas simplesmente por sua opção sexual, deixando-se de considerar que são pessoas e como tal possuem sentimentos e sonhos, entre esses o sonho de ter uma família e para ela dedicar suas vidas e compartilhar amor.

Nas palavras do jurista argentino Renato Rabbi-Baldi Cabanillas⁵, sobre os direitos transcendentais, inerentes à pessoa humana, *in verbis*:

"(...) Se trata, se advierte facilmente, de una dignidad trascendente, que no se queda em el mundo de lo aparente, que se abre a la realidad através del conocimiento y pertenece a la esencia. Así, como el concepto de persona se dice respecto a sí, no a otro, así también su dignidad no se dice ad aliud, sino ad se."

⁵ CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 194 e 211.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

"(...) Los derechos humanos, que se fundan en la dignidad humana, se tienen por y para ser mejor persona. Derechos que suponen los deberes correlativos, sin los cuales no tendría sentido hablar ni de lo moral ni de lo jurídico. Dignidad que expresa, de por sí, eminencia de ser y que comporta, en igual forma, un deber ser, una transcendencia, un abrirse en orden a su misma realización."

Nada justifica essa distinção de sexos como condição para a existência de uma união estável, muito pelo contrário, se há uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, iguala-se a uma união estável, pela simples justificativa de que a Constituição da República veda qualquer tipo de discriminação pela orientação sexual que possuem.

Da união homoafetiva como sociedade de fato equiparada à união estável

No que pertine à jurisprudência, sua posição é igual a da doutrina, com a diferença de que os tribunais já aceitam amplamente tratar-se de uma sociedade de fato e por isso protegida no concerne aos direitos patrimoniais dos "sócios", sob pena de haver enriquecimento ilícito por uma das partes, muito embora não seja tipicamente uma união estável.

Apesar de toda problemática preconceituosa que ainda enfrenta a união homoafetiva, o que importa é a idoneidade moral dos candidatos e a capacidade de assumirem as responsabilidades vindouras que requer uma filiação. O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: "Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Na dicção de Luiz Carlos de Barros Figueiredo⁶ destaca-se:

“Na questão ora estudada, o começo da análise é absolutamente igual ao proceder relativo a um pedido formulado por um heterossexual, no tocante aos requisitos do artigo 282 do CPC e 165 do ECA; competência do juízo; suficiência documental de peças instrutórias etc. Em seguida, se verifica a questão do artigo 19 do ECA já mencionado anteriormente (livre da convivência com pessoas dependentes de substâncias entorpecentes). Igual, portanto, aos pleitos de heterossexuais. Em seqüência, deve ser observada a questão do ambiente familiar adequado e/ou revelação, por qualquer modo de incompatibilidade com a natureza da medida. A lógica interpretativa para esses dois requisitos é a mesma já apontada anteriormente, que impõe o estudo casuístico. Como é óbvio, as peculiaridades que possam eventualmente ser observadas no sentido de definir se a sua existência guarda relação com o fato de o pretendente ser homossexual, assim como se pela sua existência isto poderia ser danoso ao adotando.”

O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente admite a adoção independentemente do estado civil dos adotantes desde que as pessoas sejam maiores de 18 anos, regra modificada pelo Código Civil de 2002 no artigo 1618. E o artigo 1622 do citado *Codex* estabelece a possibilidade de adoção entre duas pessoas “(...) ou se conviverem em união estável, admitindo a adoção sempre que advier benefício para o adotado”. Ou seja, o enfoque principal do referido instituto que nada mais é que o de priorizar a criança antes de qualquer outro interesse, proporcionar-lhe através da adoção o melhor desenvolvimento físico, emocional, moral, espiritual. O aspecto fundamental é a criança, o adolescente e os benefícios que a adoção trará quanto à estrutura para a formação de adulto muito bem resolvido e adequado à vida em sociedade.

⁶ FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Juruá Editora, p. 85.

Mesquidinha

106



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

A união homoafetiva pode ser reconhecida quando preenche os mesmos requisitos exigidos para que uma união estável entre homem e mulher seja reconhecida. O não reconhecimento desse tipo de união estável como entidade familiar priva os homossexuais de uma série de direitos patrimoniais como pensão alimentícia, direito à herança e declaração conjunta de renda, além do direito extrapatrimonial.

Segundo o constitucionalista Luís Roberto Barroso em parecer sobre o assunto veiculado no jornal O Estado de São Paulo:

"O que cabe discutir aqui - e rejeitar - é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário."

João Batista Herkenhoff refere-se ao princípio da pessoa dignidade humana (CF, art. 1º, inc. III⁷) como fundamento do Estado Democrático de Direito, "que é o mais relevante postulado ético e jurídico. Não há Direito, fora do reconhecimento universal e sem restrições do princípio da dignidade da pessoa humana. A atual Constituição do Brasil recepciona a 'dignidade da pessoa humana', como fundamento da República (inciso 3 do artigo primeiro). Mas ainda que a Constituição não acolhesse esse princípio, ele teria de ser afirmado, especialmente pelos juízes, porque o princípio da dignidade da pessoa humana está acima da Constituição e das leis. Integra aquele elenco de valores que a doutrina chama de metajurídicos. Quando profere uma decisão baseada no 'princípio da dignidade da pessoa humana', o magistrado está dispensado de citar artigos constitucionais ou legais, se não os há disponíveis no sistema jurídico. É o que acontecia, no Brasil, antes da Constituição de 1988."

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III - a dignidade da pessoa humana;



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Da união homoafetiva como entidade familiar

Atualmente, não mais se considera causa de desconstituição de casamento a ausência de filhos, seja por incapacidade de conceber, seja por incapacidade de gerar. Nem mesmo com a ausência de prática de relação sexual pode-se falar em desconstituição de casamento, portanto, esse argumento não mais pode ser usado para afastar as uniões homoafetivas do conceito de família ou entidade familiar.

Outro argumento que derruba os motivos *susso* reside no fato da família vir a se formar por laços afetivos, muito mais do que vínculos de sangue. Se assim não fosse, como justificar a possibilidade da adoção?

Dessa forma, não há qualquer justificativa para que o Direito não considere as uniões homoafetivas como família ou entidade familiar, até porque o Direito não regula sentimentos, mas uniões que associam afeto a interesses comuns, que merecem proteção quando têm relevância jurídica independente da orientação sexual do seu par.

Sobre a temática de considerar ou não a união homoafetiva como família ou entidade familiar, Leila Dutra Paiva⁸ discorre:

“Uma das constatações é que não existe um único modelo de família a demandar assistência, embora exista um ideal de família mitificado pelo tempo. Às transformações sociais das últimas décadas sobrepõem-se novas e diversificadas configurações familiares; além das famílias monoparentais e das famílias reconstituídas (formadas a partir de novos casamentos ou uniões após o divórcio), aumentam os casais sem filhos, os casamentos sem coabitação e as famílias formadas por homossexuais. Essa diversidade produz constantes indagações e alerta sobre o risco de se desenvolver uma práxis pautada em modelos idealizados de família”.

⁸ PAIVA, Leila Dutra. *Adoção: significados e possibilidades*. Casa do Psicólogo, p. 59-60.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

O Poder Judiciário deverá lançar mão dos apoios interdisciplinares da psiquiatria, psicologia, serviço social, biologia, e até antropologia para assegurar que os adotantes do mesmo sexo possuam capacidade de serem pais responsáveis, como forma de evitar a acentuação de riscos de adaptação e formação das crianças e adolescentes que eventualmente forem colocadas em adoção, confiadas a esses concidadãos.

O direito como ciência pulsa na realidade da vida, na mutante dinâmica social, acima do ordenamento jurídico, das leis e decretos, e aos aplicadores do direito não é admitido ignorar a discussão de tão importante tema, como corajosamente vêm enfrentando os juristas gaúchos Rui Portanova e Maria Berenice Dias, que compõem o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No dizer de Maria Berenice Dias⁹:

"(...) simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedades de fato, constituem sociedades de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente".

Assim como se deve evoluir na questão da união entre pessoas do mesmo sexo, é agora mais que absoluto e urgente que se tente equacionar o abandono sob a vista mais humana da teoria de uma chance para os pequenos.

É exatamente aqui que a natural tendência humana a repelir os que consideram desiguais sofre a maior derrota. Já é hora de pensar na adoção como uma solução única de vida para as crianças sem ninguém, que vivem à míngua em instituições oficiais ou privadas, relegadas a um tratamento mínimo e distante, sem o menor afeto.

⁹ VENOZA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 460.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Há milhares de crianças e adolescentes no Brasil aptas a serem adotadas, esperando uma única chance. A par da existência de casais e pessoas solteiras somente interessadas em adotar recém-nascidos de até 6 meses, de preferência crianças brancas, loiras, de olhos azuis, preferência do sexo feminino, um contingente muito pequeno, cerca de 20% dos pretendentes habilitados, aceita adotar crianças de até 4 ou 5 anos e apenas cerca de 5% adota as crianças maiores de 5 anos. Todas as crianças ou adolescentes com idade acima de 5 anos de idade ou ficam nos abrigos até completar 18 anos e são postas na rua com a maioria ou são adotadas por pessoas estrangeiras regularmente habilitadas pelas CEJAs – Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção. Mas apesar de todos os esforços e incentivos, do considerável crescimento das adoções internacionais de crianças inadotáveis por aqui, isso só não basta.

Desses milhares, há centenas de crianças maiores de 5 anos, grupos de irmãos que se amam e não devem ser separados; há adolescentes solitários que precisam de amparo; moços e moças quase adultos que necessitam aprender valores para a vida adulta; há crianças especiais portadoras de doenças graves e defeitos físicos que precisam de alguém; há crianças com Síndrome de Down ou anomalias psíquicas ou portadoras do vírus HIV.

Há, de um lado, inúmeras pessoas com orientação sexual diferente que querem adotar (esse contingente de crianças por assim dizer "excluídas do ideal de filho que a grande maioria dos adotantes almeja"). Todavia, de outro lado, há a resistência sob o argumento falso moralista da preservação dos costumes, que não lhes dá ou lhes dificulta sobremaneira a possibilidade de demonstrar que são pessoas como quaisquer outras, talvez com opção sexual diferente, mas preparadas para adotar e dar amor aos pequenos que muitos rejeitam.

Do princípio do melhor interesse da criança

Transportados esses princípios supra citados para o domínio do direito da infância moderno, maior ainda é a necessidade de acolher-se o melhor interesse da criança ou adolescente abandonado à própria sorte pela aplicação do conceito de proteção integral consagrado pela Lei n. 8.069/90.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Preceituam os artigos 3º e 6º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

Art. 3º- A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

O Brasil incorporou em caráter definitivo o princípio do melhor interesse da criança em seu sistema jurídico, o qual tem representado como um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.

A Constituição da República e o Estatuto da Criança e do Adolescente consagram a chamada doutrina (ou teoria) da proteção integral, estabelecendo também que essa proteção à criança e ao adolescente deve ser levada a efeito com absoluta prioridade.

Esse extremo rigor com que o constituinte e o legislador infraconstitucional responsabilizaram o Poder Público, a sociedade e a família em relação ao cuidado para com a população infanto-juvenil, todavia, não é algo específico do Brasil. É universal, tendo em vista a existência de inúmeros acordos internacionais, cujo conteúdo pode ser adotado por qualquer país.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Documentos internacionais similares, falam em *princípio da prioridade imediata*, deixando claro, portanto, que a proteção (integral) à infância deve ser, além de prioritária, urgente, rápida. Deflui daí não haver lugar para discussão sobre a natureza das normas constitucionais de proteção à infância no Brasil.

Ora, se a consecução dos direitos fundamentais da criança e do adolescente deve ocorrer com prioridade absoluta e imediata em relação às outras matérias constitucionais, é lógico que tais normas não são meramente programáticas ou de eficácia limitada.

O mesmo conteúdo do artigo 227 aparece no artigo 4º da Lei n. 8.069/90, instrumento brasileiro de implementação da doutrina da proteção integral já consagrada nos documentos internacionais antes referidos e na Constituição Federal. Todavia, para além disso, como aponta Emílio Garcia Mendez¹⁰, "reformula radicalmente as relações de crianças e adolescentes com o Estado e com os adultos", resultando em uma "verdadeira (e brusca) troca de paradigma, uma verdadeira revolução cultural"¹¹.

Essa "troca de paradigma", ruptura completa do velho sistema do Código de Menores, é revelada principalmente pelo fato de o Estatuto retirar a criança e o adolescente da posição de mero objeto de proteção dos adultos ou do Estado, colocando-os na posição de sujeitos de direitos, não só dos direitos que são comuns a todo cidadão, mas também, como leciona Cury, Garrido e Marçura¹², "de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento".

Daí que, considerando a adoção como um vínculo de amor por excelência e a inexistência de qualquer óbice para que os habilitandos venham a adotar crianças e adolescentes brasileiros já destituídos do poder familiar, tudo isso em atenção à doutrina da proteção integral, o pedido é digno de procedência.

¹⁰ MENDEZ, Emílio Garcia. *Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição socioeducativa*. Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2000, p. 13.

¹¹ MENDEZ, Emílio Garcia, *op. cit.*, p. 12.

¹² CURY, Munir; Garrido, P e Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 19.

Resposta

114
R



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Da limitação da faixa-etária da criança a ser adotada por casais homoafetivos

Por derradeiro, em vista das ponderações da Doutora Promotora de Justiça, passa-se ao exame da questão relativa à possibilidade de casal em união homoafetiva adotar crianças ou apenas adolescentes.

Com o devido respeito ao parecer ministerial de fls. 89-96, não há que se restringir a habilitação de casais homoafetivos, exclusivamente, para adoção de menores na faixa etária a partir dos 12 anos de idade.

A hipótese de adoção de criança por pessoas que mantêm união homoafetiva não implica qualquer contrariedade ao princípio da proteção integral e do melhor interesse, pois caberá ao prudente arbítrio do juiz, na oportunidade da indicação, avaliar qual a pessoa ou o casal habilitado (heterossexual ou não) que revela melhor aptidão, motivação e preparação para ter no seio de sua família a criança a ser adotada, sempre do ponto de vista dessa, considerando as reais vantagens que possam advir para ela, na condição precípua de sujeito de direito.

Necessário, mais uma vez, observar para o princípio da igualdade, o qual tem assento no preâmbulo¹³ da Constituição da República de 1988, e também se sobressai no *caput* do artigo 5º¹⁴ da citada Lei Maior.

¹³ "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

¹⁴ "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade (...)"



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que "é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis. Sabe-se que entre as pessoas há diferenças óbvias, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em quaisquer casos, erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares. (...) Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas e injustificadas.¹⁵"

Mencionado jurista também alerta que "a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria diferenciada."¹⁶

Portanto, a interpretação restritiva pretendida pelo Ministério Público deve ser analisada com cautela, conquanto implica estabelecer em desfavor dos requerentes elementos de desigualdade não previstos em lei, visto que a adoção por casal homoafetivo não é vedada expressamente pela legislação brasileira.

O princípio basilar de hermenêutica impõe que não cabe ao intérprete criar restrições ou excepcionar onde a lei não o faz.

Nesse diapasão, Carlos Maximiliano ao tratar do brocardo jurídico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ('onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir') explica que: "quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas".¹⁷

¹⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 11.

¹⁶ ob. cit., pp. 47-50.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247.

Resquidato



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

O fator de discriminação deve orientar-se por critérios de razoabilidade, a fim de que o tratamento diferenciado seja imprescindível e inafastável. Na espécie, a razão que serviria para o *discrímen* proposto pelo Ministério Público não se revela plenamente justificável, pois o objetivo da lei está em conferir à criança o direito fundamental de convivência familiar, não sendo plausível uma exegese restritiva desta diretriz, com o propósito de vedar a casais homoafetivos a adoção de crianças.

Destarte, a orientação sexual do casal adotante não legitima, por si só, o tratamento diferenciado postulado pela Doutora Promotora de Justiça, vez que ofenderia o princípio da igualdade.

Evidentemente, haverá aquelas pessoas que sustentarão o perigo da identificação da criança com os pais homoafetivos, o que a conduziria a repetir na sua vida o mesmo modelo.

Porém, esse argumento é frágil e discriminatório. Consta no estudo elaborado pela Equipe Interprofissional que "a construção dos papéis de pai e mãe ocorrerá da mesma forma que nas adoções monoparentais. As funções paternas e maternas necessitam existir, porém exercidas independente do gênero sexual, pois são funções". E, no caso dos requerentes afirma a equipe que percebeu "que o equilíbrio de ambos possibilitará, junto do convívio de familiares e amigos que os cercam, suprir de forma saudável essas funções" (fl. 58).

A circunstância de a criança identificar-se com seus pais, seja de que modo for, é inegável. Mas a identificação ocorre com os papéis (funções) que eles representam e não com a forma física (genital), como analisado no estudo acima referido.

Veja-se que, por exemplo, se os filhos fossem, necessariamente, seguir o mesmo modelo dos pais, não deveria haver na sociedade nenhuma pessoa homoafetiva gerada e criada por casais heterossexuais. Manifesto que a realidade é outra!



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

O Tribunal de Justiça do Paraná, em recente julgamento, enfrentou o tema vertente e concluiu ser inadmissível a limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Confira-se:

"APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criança obstáculos onde a lei não prevê.

2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento".¹⁸

Colacionam-se excertos do voto da lavra d. Relator, Juiz convocado D'Artagnan Serpa Sá, que dirimem a polêmica em tela:

"Cumprido de pronto salientar que a ausência de leis não quer dizer ausência de direito. Muito pelo contrário. É em casos como o que se apresenta que se deve procurar bom senso para suprir tais lacunas. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

¹⁸ Apelação Cível n. 529.976-1, 2ª Câmara Cível, Relator Juiz Conv. D' Artagnan Serpa Sá. Decisão unânime. Julgado em 11.03.2009.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO

COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

SEGUNDA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO

(...) Uma vez reconhecida que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, impondo-lhe os ônus das relações familiares, não há razão para que não lhe sejam também assegurados todos os direitos e garantias no âmbito do direito das famílias, não havendo fundamento válido, portanto, para restringir a adoção por estas entidades.

(...) São inúmeras as crianças à espera de um lar, uma família que lhe dará educação, afeto, alegria, respeito, compreensão e oportunidades; uma família de pais sem vínculos biológicos, mas que certamente saberão suprir suas necessidades materiais, morais e emocionais no decorrer de suas vidas. Para essas crianças pouco importa se são eles monoparentais, pluriparentais, homoafetivos ou qualquer outra classificação, brancos ou negros, altos ou baixos, gordos ou magros, nem mesmo se importam se são ricos ou pobres, desde que suas carências sejam supridas e possa haver, mutuamente, amor, compreensão e respeito pelo indivíduo que cada um de nós quer ter a liberdade de ser e exercer.

(...) Dizer aos apelantes, 'sim, vocês podem adotar, mas somente crianças do sexo feminino, maiores de 10 anos', é o mesmo que dizer 'não queremos que vocês adotem'.

E ao assim agir, estaremos transformando a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento".

Portanto, o pedido merece acolhimento sem quaisquer ressalvas quanto à idade e sexo do adotando, para que seja assegurado aos requerentes o direito de delimitar as características da criança que desejam adotar, na forma indicada nestes autos, tendo em vista que os requisitos legais para habilitação ao cadastro de adotantes foram atendidos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 529.976-1, DA 2ª VARA
DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO
DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA
REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA.**

APELANTES: A. L. M. D. S.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO PARANÁ

RELATOR: Juiz Conv. D'Artagnan Serpa Sá.

**APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL
HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA.
QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO
DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DE FERIDA.
LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE
DOS ADOTANDOS E M RAZÃO DA
ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES.
INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO
LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.**

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 529.976-1, da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Curitiba, em que são apelantes **A. L. M. D. S. e D. I. H** e apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**.

I – EXPOSIÇÃO FÁTICA

Trata-se de recurso interposto em face de sentença (fls. 155/185) proferida em ação de *Habilitação de Casal*, sob o nº 2005.797-9, que julgou procedente o pedido de inscrição para adoção, com fundamento no artigo 50, §§ 1º. e 2º. do Estatuto da Criança e do Adolescente, habilitando os recorrentes a adotar crianças ou adolescentes do sexo feminino na faixa etária a partir dos 10 anos de idade.

Os fundamentos que sustentam a decisão *a quo* são no sentido de que o pedido merece ser acolhido em face da não verificação de nenhuma das hipóteses contempladas pelo artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também, baseou-se no s

princípios da igualdade, da não discriminação, da intimidade, do melhor interesse da criança. Discorrendo, igualmente, acerca da equiparação da união homoafetiva como sociedade de fato à união estável, sendo reconhecido como entidade familiar.

Em relação à adoção, o magistrado discorre que um contingente muito pequeno dos pretendentes habilitados aceita adotar crianças maiores de 5 anos, as quais ficam nos abrigos até completar 18 anos. Fundamenta que, em vista da proteção integral e do melhor interesse da criança/adolescente, é necessário considerar a opinião da criança de ser adotada ou não por pessoas que vivem uma união homoafetiva, pois, deve e se sentir-se confortável, amado e feliz no seio familiar adotante. Em virtude disso a adoção dependerá que a criança disponha de idade com capacidade de discernimento para expressar sua vontade ao Juízo.

Irresignados, os apelantes sustentam que a sentença merece reforma quanto à delimitação do sexo e da idade do adotando. Argumentam que se não há restrição legal para que casais homoafetivos adotem, também não deve haver delimitações específicas quanto ao sexo e a idade da criança/adolescente.

Asseveram que sua opção sexual não pode ser um fator restritivo de direito. Como também, o teor da sentença não corresponde com as alegações quanto à idade e o sexo do adotando.

Alegam que a restrição imposta não representa garantia de felicidade e harmonia para a futura família. Vez que não é

possível avaliar se uma criança de 10 anos melhor se adaptaria a uma família homoafetiva do que uma criança de 4 ou 5 anos. Sendo que a convivência no período de adaptação é que poderá avaliar.

Por fim, pugnam pela reforma do *decisum* para que não seja imposta restrição quanto a sexo e idade ao adotando.

Contra-arrazoado o recurso, o Ministério Público, enquanto apelado, pugnou pelo conhecimento do recurso e pela sua procedência e em parte, com o fim de excluir a limitação relativa ao sexo e aumentar a limitação da idade para doze anos (fls. 205/214).

Procedido o juízo de retratação de que trata o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi mantido o *decisum* proferido pelo douto magistrado *a quo*. (fls. 215/218).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 229/249, por meio de um de seus representantes, manifestou-se pelo reconhecimento da invalidade da sentença atacada, a qual deferiu a inscrição para a doção em conjunto dos apelantes, “em razão da: a) incongruência entre a motivação e conclusão da decisão; b) incompetência absoluta do Juízo da Infância e Juventude para decidir incidentalmente matéria afeta ao Juízo da Família; c) violação ao direito fundamental de convivência familiar de crianças e adolescentes; d) evidente violação das regras de ordem pública previstas no art. 226, § 3º da CF, art. 1622 do CC, art. 1723 do CC e arts. 19, 25 e 43 do ECA”.

É relatório em breve bosquejo.

II – VOTO E SEU FUNDAMENTO

O apelo mencionado merece ser conhecido eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

Não há necessidade de maiores considerações acerca do reconhecimento da união homoafetiva eis que o douto magistrado *a quo* tão bem discursou e concluiu sobre o tema demonstrando o que outra coisa não se esperava do Poder Judiciário de um Estado como o do Paraná, que se encontra em franca evolução no que concerne às mudanças sociais que precedem a legislação e que por óbvio não encontram respaldo legal, com novos e progressistas entendimentos culminando no engrandecimento e amadurecimento da justiça ante a convicção de suas decisões. Não dissente esta Egrégia Corte.

A que estão cingentemente quanto a o sexo e à idade das crianças a serem adotadas pelo casal que pretende a inscrição como candidatos à adoção, lembrando que a mesma já foi deferida.

Cumprido de pronto salientar que a ausência de leis não quer dizer ausência de direito. Muito pelo contrário. É em casos como o que se apresenta que se deve procurar bom senso para suprir tais lacunas. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

O Estado vê da discriminação e o preconceito por

motivo de origem, raça, sexo ou idade e a assegurar o exercício dos direitos sociais, individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Proclama, ainda, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, 5º). MARIA BENERENICE DIAS¹, citando ZENO VELOSO, leciona:

“Também o art. 5º da LICC indica um caminho, um rumo para o juiz: e ele deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais”.

Uma vez reconhecida que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, impondo-lhe os ônus das relações familiares, não há razão para que não lhes sejam também assegurados todos os direitos e garantias no âmbito do direito das famílias, não havendo fundamento válido, portanto, para restringir a adoção por estas entidades.

MARIA BERENICE DIAS² constata:

Ainda bem que está havendo verdadeiro

¹ In Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 186.

² Op. Cit., p. 190.

enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firme oposição à jurisprudência ainda pegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não pode a justiça seguir dan do r espostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito.”

A jurisprudência que vem se consolidando nos tribunais pátrios é no sentido de que a divergência de sexos é indiferente para a configuração de uma família e, portanto, a sua convergência não pode servir para discriminar ou punir. Vejamos:

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 se são inseridas e que a s l i g a os seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas de sprovedas 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 P ROVIMENTO. UN ÂNIME. (Apelação Cível Nº 700138 01592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

E mais, em decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, foi deferida a adoção de uma menina a duas mulheres que mantinham a união há seis anos (Proc. nº. 1605872 da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre-RS, em 03/07/2006) e em outra ocasião foi deferida a adoção de uma menina de cinco anos a dois homens que vivem em união estável há 14 anos (Proc. nº. 234/2006 da cidade de Catanduva-SP, em 30/10/2006).

A corroborar este entendimento, esc larece ANA

CARLA HARMATIUK MATOS ³:

“O que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade.”

A autora nos informa ainda que: ⁴

“(...) pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicam que “não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. (...) o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento ‘psicológico das crianças’. A maioria das crianças em todos os estudos funcionou bem intelectualmente e ‘não demonstrou comportamentos ego-destrutivo prejudiciais à comunidade’. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, e ego-

³ *In* Filiação e homossexualidade. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 78.

⁴ *Op. Cit.*, p. 83.

confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais”.”

Extrai-se do relatório da Equipe Interdisciplinar:

“a homossexualidade dos pais, por si só não determina a identidade do gênero e orientação sexual da criança”. (fls. 55)

Logo, eventuais dificuldades enfrentadas por estas crianças com o reflexo da homossexualidade de seus pais adotivos estão diretamente ligada ao preconceito social.

Aliado a isso não se pode relevar o fato de que, mesmo em parcerias estáveis entre pessoas do mesmo sexo o histórico de violência, maus-tratos, abusos sexual e abandono moral e material é prática corrente e não exceção, o que nos permite concluir com absoluta certeza que a conduta humana não tem origem na orientação sexual, mas na sua intrínseca natureza.

São inúmeras as crianças à espera de um lar, uma família que lhe dará educação, afeto, alegria, respeito, compreensão e oportunidades; uma família de pais sem vínculos biológicos, mas que certamente saberão suprir suas necessidades materiais, morais e emocionais no decorrer de suas vidas. Para essas crianças pouco importa se são eles monoparentais, pluriparentais, homoparentais ou

qualquer outra classificação, brancos ou negros, altos ou baixo, gordos ou magros, nem mesmo se importam se são ricos ou pobres, desde que suas carências sejam supridas e possa haver, mutuamente, amor, compreensão e respeito pelo indivíduo que cada um de nós quer ter a liberdade de ser e exercer.

Oportuno transcrever as palavras de Lúcia Maria de Paula de Freitas ⁵:

Exatamente por entender que o desejo pelo filho perpassa, independentemente da possibilidade do casal de gerar filhos biológicos, por caminhos que se situam ao largo do conceito de determinismo biológico. (...) Um filho afetivamente indesejado, no sentido de que foi concebido dentro da ordem natural das coisas, concebido na crença cega do determinismo, muito embora permaneça na companhia dos pais e por eles seja criado, certamente sofrerá as carências e a indisponibilidade para ser amado, pois amar exige trabalho, disposição para a troca, pausas, todo o envolvimento com o outro através do amor que se projeta no outro e que do outro também nos é projetado, formando o amálgama, o vínculo que se estrutura por si e se fortalece e fortalece aos que se amam. Não só pode-se negar o amor ao filho, como

⁵ In Adoção- quem em nós quer um filho? Revista Brasileira de Direito de Família, v.3, n. 10, jul/set.. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001, p. 148.

se pode negar que esse filho seja um sujeito capaz de amor.”

Essas reflexões repercutem diretamente no juízo exercido pelos operadores do Direito, mais intimamente pelos magistrados, incumbidos do dever precípua de resguardar a dignidade humana destas crianças postas à adoção, assegurando que seu melhor interesse estará protegido. Contudo, nesse mister, não raras exceções, pecamos pelo excesso, advindo de tal zelo um indiscutível prejuízo à criança.

“Não é novidade que os filhos não biológicos tornam-se filhos verdadeiramente, antes que pelo ato jurídico, pelo instituto da adoção, através do mesmo desejo e construção que move os pais biológicos a tornarem-se verdadeiramente pais de seus filhos. Não se pode admitir que um ato mecânico, instintivo, torne pura e simplesmente alguém filho de alguém, em essência. Também não é um papel social desempenhado, desconectado de sua essência original afetiva, de um sentimento centrado na necessidade humana de amar e ser amado que torne alguém filho de alguém. (...) Numa verdadeira relação de pais e filhos, ambos se adotam”.⁶ (grifos nossos).

É nesta esteira de reflexões que se deve ponderar o que

⁶ FREITAS, Lucia Maria de Paula. Op. cit., p. 150.

é melhor para uma criança a ser adotada. Infelizmente, a realidade dos dados sobre a adoção posta pelo doutrinador *a quo* vem de encontro aos anseios de uma sociedade mais justa que propicie às nossas crianças de todas as idades, um lar fraterno, de amor e oportunidades. Entretanto, esta realidade não pode ser impingida aos adotantes que todo o direito, não de escolher, mas de limitar as características da criança que estão aptos a adotar e a ela dar todo o suporte material e moral a que se dispõem porquanto a relação de filho se evidencia, sobretudo, na construção no afeto.

Como dito anteriormente, se todos são iguais perante a lei, que protege o direito de igualdade assim como direitos e garantias fundamentais da Constituição, não há explicação para tal vedação quanto ao sexo e à idade dos adotandos, uma vez que o processo de habilitação inclui um questionário o qual deve ser respondido pelos candidatos, dele constando as características da criança a ser adotada, não havendo disposição legal no sentido de que a regra não se aplica aos casais homoafetivos. Tal restrição é no mínimo inconstitucional.

Dizer aos apelantes, “sim, vocês podem adotar, mas somente crianças do sexo feminino, maiores de 10 anos”, é o mesmo que dizer “não queremos que vocês adotem”.

E a o assim agir, estaremos transformando a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, e maior de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

Quando invocamos o artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente e propagamos o direito destes de se manifestar sobre a própria adoção e sobre a família a que irão pertencer, o fazemos nos casos e em que as crianças a serem, facultativamente, adotados têm idade e discernimento para tanto. Agora, impor aos apelantes crianças com estas características porque capazes de manifestar os seus preconceitos e aceitar ou não as intempéries de ter como pais um casal homossexual, é contrariar todo o discurso sobre igualdade e isonomia, princípios primordiais de garantia e direitos fundamentais.

Veja-se, ainda, que é muito mais fácil para uma criança de pouca idade crescer a mando e respeitando seus pais adotivos, quaisquer que sejam, com todas as suas particularidades, pautadas em valores éticos e morais apropriados à nova sociedade que se apresenta e melhora, mas gradual, mutação e com a qual temos a obrigação de contribuir, do que para as crianças e adolescentes que já têm enraizados os seus preconceitos e falsas impressões sobre uma relação homoafetiva.

Não se pode negar a uma criança, depois de todas as mazelas que a injusta vida lhe trouxe, o direito de integrar uma família em razão de um atributo de personalidade de seus pretensos pais, cabendo, por oportuno, lembrar enfaticamente que este casal se dispõe a adotar uma criança de cada sexo, de qualquer cor ou raça, até mesmo portadora, uma delas, de deficiência de toda espécie, inclusive do vírus HIV.

Ora, se há incontáveis crianças brancas ou negras, com

idade superior a 10 anos aguardando para ter um lar e uma vida digna, quantas crianças negras, de qualquer idade, portadoras de qualquer deficiência pode se supor aguardando indefinidamente nos abrigos por alguém que ao menos cogite a possibilidade de lhes dar um lar? Quem terá mais possibilidades de obter oportunidades dignas de sobrevivência após completar a maioridade e sobreviver sozinha nesta sociedade hipócrita e preconceituosa?

Afirmar a defesa do melhor interesse da criança é, acima de tudo, reconhecer que todas as crianças postas à adoção tiveram uma vida marcada por múltiplas privações materiais, nutricionais, afetivas, e rejeições que as fazem sentir-se em valor, sendo todas dignas de compaixão e merecedoras da mesma sorte, diferenciadas tão somente pela misericórdia e providência divinas que a elas destinou este momento único em que alguém as está recebendo em seu lar para amá-las e respeitá-las como seres humanos que são, dando-lhes o suporte necessário para que um dia possam orgulhar daqueles que as colheram. A cada uma a sua oportunidade, quando essa hora chegar, sem distinção de qualquer espécie e quando o vínculo de afeto naturalmente, e reciprocamente, se estabelecer.

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao apelo com o fim de reformar a respeitável sentença tão somente quanto ao sexo e à idade das crianças a ser adotadas, tendo os apelantes o direito de adotar duas crianças, de zero a cinco anos, uma de cada sexo, podendo uma delas ser portadora do vírus HIV ou qualquer outro problema de saúde.

III - DECISÃO

ACORDAM os Magistrados integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em **dar provimento** ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o julgamento, sem voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador **CLAYTON CAMARGO** e dele participaram os Excelentíssimos Desembargadores **COSTA BARROS** e **ANTONIO LOYOLA VIEIRA**.

Curitiba, 11 de março de 2009.

D'ARTAGNAN SERPA SÁ
Juiz Convocado
Relator

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 582.499-9, DO FORO CENTRAL
DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE
CURITIBA – 2ª VARA DA INFÂNCIA E DA
JUVENTUDE - ADOÇÃO.**

APELANTES : E. C. F. E F. R. K.

REC. ADESIVO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DO PARANÁ

RELATOR : DES. FERNANDO WOLFF BODZIAK

**APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO.
CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE
ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA.
POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE
UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES
FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.
ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE
NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO
ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02.
HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL
HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE
ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS
EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE
IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE
PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE
PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO
QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO
DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E
NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES.
APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO
PREJUDICADO.**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 582.499-9, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 2ª Vara da Infância e da Juventude - Adoção, em que são apelantes **ECF E FRK** e recorrente adesivo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**.

1. Trata-se de apelação cível interposta por ECF e FRK e recurso adesivo do Ministério Público do Paraná, ambos contra sentença proferida em processo de habilitação para adoção que julgou parcialmente procedente o pedido das autoras para habilitá-las à adoção de crianças do sexo masculino a partir dos dez anos de idade.

O digno magistrado singular entendeu possível a habilitação em conjunto do casal homoafetivo autor da presente demanda, mas concluiu pela necessidade de limitação de idade e sexo, visando a atender aos melhores interesses da criança, que em seu entendimento deveria ser consultada acerca das possíveis adversidades a que estaria sujeita por compor entidade familiar não convencional.

Inconformadas com a sentença, as autoras protocolaram o presente recurso, sustentando sua reforma para retirar a limitação de idade e sexo da criança a ser adotada, fundamentando sua pretensão em precedentes jurisprudenciais e na inexistência de prejuízo à criança que será adotada posteriormente.

Tempestivamente, o Ministério Público do Paraná interpôs recurso adesivo defendendo a reforma da sentença com o objetivo de aumentar para 12 anos a limitação etária, pois assim o juízo estaria obrigado a ouvir o adolescente a ser adotado antes de qualquer medida.

É o relatório.

VOTO.

2. Cuidam os presentes autos de pedido de habilitação para adoção, formulado por casal homoafetivo e julgado parcialmente procedente em primeiro grau.

Entendeu o preclaro juiz singular pela possibilidade da habilitação em conjunto de casal homoafetivo, limitando, contudo, futura adoção a criança do sexo masculino e com idade mínima de dez anos.

Submetida a questão à apreciação deste Tribunal através do recurso de apelação interposto pelas autoras e também pelo recurso adesivo interposto pelo Ministério Público, o i. Relator originário, Des. Mendonça de Anunciação, votou pelo reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade ativa das autoras, com a conseqüente extinção do feito sem resolução do mérito.

No entanto, em que pesem os judiciosos argumentos do d. Relator originário, não há no presente caso ilegitimidade ativa a ser reconhecida, pelas razões a seguir expostas. Ademais, no mérito a apelação interposta pelas autoras merece provimento, restando prejudicado o recurso adesivo do Ministério Público.

2.1. Da ilegitimidade ativa das autoras/apelantes – possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar

A análise da possibilidade jurídica da habilitação conjunta por casais homoafetivos não prescinde de uma prévia constatação acerca das profundas alterações ocorridas no direito das famílias ao longo dos últimos anos, em especial após a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, que trouxeram como inovações mais relevantes a repersonalização do direito e o reconhecimento do afeto como valor jurídico, situações que levaram a uma especial releitura dos institutos clássicos relativos à família.

Importante destacar, nesse sentido, que a Constituição da República de 1988 através do artigo 226 passou a reconhecer (e proteger) a pluralidade de entidades familiares, visando a garantir o respeito às liberdades e diferenças individuais, constituindo verdadeira cláusula de inclusão, que tem por objetivo conferir efetividade ao princípio fundamental (e também fundamento da República Federativa do Brasil – art. 1º, III, CF/88) da dignidade da pessoa humana.

Tem-se, desse modo, que em respeito à liberdade de opção sexual e através do reconhecimento da diversidade, o ordenamento jurídico passou a reconhecer e atribuiu validade jurídica a outras formas de constituição da família que não somente a criada pelo casamento, o que supera o paradigma da família institucionalizada e funcionalizada¹ e permite formar um novo conceito de família, como entidade formada pela união afetiva e solidariedade mútua, voltada à felicidade de seus membros².

Sobre o assunto, afirma Viviane Girardi, com propriedade:

“Sob essa ótica patriarcalista, a família jurídica e, portanto, a codificada, era tida como algo hermeticamente fechado, estático e perene, perpassando no tempo, sem se importar com a realização pessoal de seus membros. A família era instituto dotado de função. Um de seus atributos era manter laços e relações políticas e perpetuar o nome e o patrimônio que se transmitia de geração a geração e que era ‘a um só tempo, necessidade econômica e afirmação simbólica’. O casamento se prestava, mais do que um propósito e escolha de vida como uma entre várias possibilidades de acordos entre os patriarcas, não sendo raro as promessas de casamento entre filhos e filhas de famílias abastadas ou de renome visando à preservação da tradição e ao crescimento econômico dos clãs envolvidos. [...] No entanto, no decurso do tempo, com a industrialização e a conseqüente urbanização, mais tarde com a liberação sexual e a forte e progressiva participação da mulher no mercado de trabalho, a família patrilinear, matrimonializada, e com numerosa prole a servir de força de trabalho vai perdendo espaço para outras formas e arranjos familiares, as quais encontram, na Constituição de 1988, a consagração legal do reconhecimento não

¹ “A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como o núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

² Sobre a família eudemonista, afirma Maria Berenice Dias: “Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram” (Manual de Direito das Famílias, 2007, p. 52/53).

mais de um modelo único de família funcionalizada, mas sim de variadas formas e vinculações afetivas que podem ser entendidas juridicamente como novos conceitos de família. E é dentro desse conceito amplo de família, pensada e tida como uma entidade formada por laços de afeição mútua, que se torna possível investigar as organizações familiares formadas por homossexuais e por estes e filhos. Não há mais como se ignorar que várias são hoje as formas de se viver e organizar em família, tanto que a nova codificação civil em vigor desde janeiro de 2003, com base nos novos valores constitucionais, prescreve o reconhecimento jurídico da pluralidade e liberdade quanto à organização familiar”³.

Atualmente, portanto, o que define uma família/entidade familiar não é a existência de um vínculo formal como o casamento, mas sim o elo de afeto entre os pares. Tanto é assim que, conforme bem destaca Maria Berenice Dias, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que tem por objetivo coibir a violência doméstica, identifica como família toda entidade formada pelo afeto (art. 5º, III), bem como afirma, expressamente, que a configuração dos delitos nela previstos independe da orientação sexual (art. 5º, parágrafo único).

E, muito embora interpretação **literal** da Constituição Federal de 1988 possa levar à conclusão de que não existe possibilidade jurídica no reconhecimento de entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo, esse entendimento não prevalece após análise **sistemática** do texto constitucional, sob a luz dos princípios orientadores de todo o ordenamento⁴.

Isso porque apesar de a Constituição Federal prever expressamente como entidades familiares apenas o casamento (art. 226, §§1º e 2º), a união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º) e a família monoparental (art. 226, §4º), não há como se negar que esse rol é meramente enunciativo, sendo possível incluir na lista de entidades familiares outras situações que, analogicamente, atendam aos mesmos requisitos.

³ GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 28-31.

⁴ “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum”. GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

A respeito do tema, afirma Gustavo Tepedino, com autoridade:

“Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito [art. 226, CF/88]: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, deste modo, mandatória, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do CC, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificativamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes”⁵

Na possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas, também não há como afastar o sempre vanguardista posicionamento do TJ/RS, que à míngua de permissão legislativa, invocando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, permitiu aos casais homossexuais o registro em cartório de seus pactos de convivência⁶, bem como vem reiteradamente reconhecendo os vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo e atribuindo-lhes, através da analogia, normatividade semelhante à da união estável.

Na verdade, com o devido respeito às opiniões em sentido contrário, não há como se olvidar que a notória resistência ao reconhecimento das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo tem, não raro, origem religiosa, em

⁵ TEPEDINO, Gustavo. União de pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil-constitucional. *In*: DIAS, Maria Berenice (org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: RT, 2009, p. 224.

⁶ Provimento 6/04 da Corregedoria-Geral de Justiça do TJ/RS, que acrescentou o seguinte parágrafo único ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral: “as pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito”.

especial pela influência da Igreja Católica, que desde sua criação repudia e marginaliza os homossexuais.

Note-se, nesse sentido, que há projetos de emenda constitucional e de lei ordinária acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas tramitando na Câmara dos Deputados e no Senado Federal há vários anos que não são submetidos à votação não por ausência de interesse da população, mas pela opressão religiosa ou pelo medo, dos próprios representantes do povo, de não se reelegerem caso votem a proposta.

É esse um dos principais motivos de a matéria nunca ter sido apreciada no âmbito legislativo (seja para autorizar ou para vedar), bem descrito nas palavras do Desembargador do TJ/SP Francisco de Assis Figueiredo: “essa questão de não haver previsão em lei para garantia dos homossexuais constitui falta de coragem política”⁷.

Há que se notar, no entanto, que a República Federativa do Brasil tem por fundamento o pluralismo político (Constituição da República, art. 1º, inc. V) - que não se confunde com pluralismo partidário -, o que conduz à vedação de qualquer forma de discriminação por opção religiosa ou sexual, não se podendo olvidar que nosso Estado é laico, o que impõe ao juiz uma atuação em prol do bem comum, ainda que isso vá de encontro aos mais vetustos dogmas seculares espalhados em uma parcela da sociedade.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias expõe com clareza a situação:

“Por fim, não há nada mais artificial do que alegar motivos de moralidade para impedir o reconhecimento da união homoafetiva como uma família. O argumento do ‘pecado’ é francamente incompatível com os princípios de liberdade religiosa e da laicidade do Estado (CF, art. 5º, VI e art. 19,I). O Estado laico não pode basear seus atos em concepções morais e religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, sob pena de desrespeitar todos aqueles que não a professam. Assim, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o

⁷ ASSIS, Francisco de Assis. Família Isossexual. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 423.

direito de não abençoarem tais laços afetivos. Porém, o Estado não pode basear o exercício do seu poder temporal no discurso religioso, a fim de evitar grave afronta à Constituição e aos direitos fundamentais”⁸.

Aproveitando a argumentação, impende complementar o raciocínio destacando que a resistência da Igreja Católica à dissolução do vínculo matrimonial (que persiste até hoje) não impediu a instituição no ordenamento jurídico brasileiro do divórcio, instituto amplamente difundido e que vem a reforçar o argumento de que não há entidade familiar sem que haja afeto entre os seus componentes.

Ainda sobre a entidade familiar homoafetiva, não se pode olvidar a notável fundamentação do digno magistrado singular, que abordou com clareza a matéria na sentença proferida neste processo:

“A sociedade atual tem concebido novas formas parentais, quebrando paradigmas antigos que reconheciam apenas na união entre homem e mulher a composição legítima da família e que considerava, quase sempre, os modelos diferenciados de amor como uma transgressão intolerável àquele costumeiramente aceita. Mas, aos que estudam o direito como ciência dinâmica que é, não se pode negar que a sociedade evoluiu a passos de gigante e a legislação a passos de tartaruga, e que na medida em que o homem moderno acolhe em seus costumes os bancos de congelamento de sêmen humano, a inseminação artificial e “in vitro”, a existência de filhos sem a união carnal entre um homem e uma mulher, desaparecendo a figura exclusiva do homem reprodutor e entrando a do médico facilitador, admitindo ainda a doação de óvulos e a cessão de útero ou “barriga emprestada”, não é mais possível deixar de reconhecer que ao direito cabe cancelar a existência jurídica igual desses filhos havidos sem o congresso sexual de prazer entre um homem e uma mulher perpetuadores da espécie. Está quebrado, portanto, o eixo principal da cadeia familiar patriarcal, abrindo-se as portas para que se pense e evolua a respeito da possibilidade e plena oportunidade de falar-se juridicamente da união estável entre as pessoas homoafetivas e, mais que isso e aqui o tema desafia, a considerar-se a necessidade

⁸ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4ª edição, p. 151/152.

de realizarem filiações sentimentais através da adoção de crianças e adolescentes maiores abandonados, para pessoas do mesmo sexo unidas afetivamente que componham uma dessas novas formas de família, não se falando aqui, é bom destacar, de casamento entre homossexuais, mas de reconhecer-se na esfera jurídica a vida comum entre eles já constituída no plano fático. É certo que as uniões de fato entre dois humanos do mesmo sexo é uma constatação real, não resistindo mais à velha censura apoiada na manutenção dos “bons costumes”, visão arcaica que não tem o condão de abafar a realidade de pessoas que partilham vida em comum, sobre o mesmo teto e se amam, gerando daí direitos e obrigações recíprocas, inclusive no plano patrimonial.

[...]

Atualmente, não se considera mais causa de desconstituição de casamento a ausência de filhos, seja por incapacidade de conceber, seja por incapacidade de gerar. Nem mesmo com a ausência de prática de relação sexual pode-se falar em desconstituição de casamento, portanto, esse argumento não pode mais ser usado, atualmente, para afastar as uniões homoafetivas do conceito de família ou entidade familiar. Outro argumento que derruba esses motivos, talvez seja mais forte do que o acima exposto e reside no fato da família vir a se formar por laços afetivos, muito mais do que vínculos de sangue, se assim não fosse, como justificar a possibilidade da adoção? Se assim é, não há qualquer justificativa para o Direito não considerar as uniões homoafetivas como família ou entidade familiar, até porque o Direito não regula sentimentos, mas uniões que associam afeto a interesses comuns, que merecem proteção quando têm relevância jurídica independente da orientação sexual do seu par”.

Confirmando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo pela possibilidade de reconhecimento judicial da entidade familiar homoafetiva para conferir a um dos companheiros o direito à pensão previdenciária por morte:

“DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE

DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A

quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte

entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. – ‘A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social’ de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes’. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque ‘a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares’. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido”⁹.

⁹ REsp 1.026.981/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 04/02/2010, publicado em 23/02/2010.

“PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. [...] - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. [...]”¹⁰.

“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.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.
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 preenchem 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.

¹⁰ REsp 238.715/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publicado em 02/10/2006.

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”¹¹.

Além disso, no âmbito do Tribunal Constitucional, o Min. Celso de Melo já se manifestou incidentalmente sobre a matéria, na seguinte decisão monocrática:

“UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART. 226, PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

[...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto

¹¹ STJ, RESp 820.475/RJ, DJ de 11/05/2009

à tese sustentada pelas entidades autoras, **que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis**¹².

Cumpra ainda destacar que a ausência de regramento específico acerca do tema não diz respeito ao que os constitucionalistas denominam de “silêncio eloqüente” (conceito que designa matéria que intencionalmente não foi inserida no texto legal), mesmo porque o § 3º do artigo 226 da CF não suprime direitos, mas cuida de protegê-los. Na realidade, a ausência de previsão legal ou constitucional demonstra a falta de arrojo e até mesmo de coragem do legislador para enfrentar a questão (como já abordado anteriormente), que não tem força suficiente para impedir a integração do direito a fim de que seja aplicado ao caso concreto.

Por essas razões, pela inexistência de regramento legal acerca das uniões homoafetivas e considerando que não há no ordenamento jurídico qualquer restrição ao seu reconhecimento, é possível, através da analogia¹³, conferir-lhes normatividade semelhante à das uniões estáveis estabelecidas entre homens e mulheres, caso estejam presentes os requisitos legais para tanto.

¹² STF, ADI 3300, Min. Celso de Mello, j. em 03/02/2006.

¹³ “Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, 6ª edição, p. 277).

Especificamente no caso, em se tratando de habilitação para adoção, deve-se atentar, prioritariamente, para os interesses do adotando (art. 1.625 do CC e art. 4º do ECA), em detrimento do preconceito à orientação sexual escolhida pelas postulantes. A adoção, como já suficientemente reiterado anteriormente, é um mecanismo de proteção dos direitos da criança/adolescente, devendo prevalecer sobre a discriminação, sentimento combatido expressamente pela Lei Maior. Admitir a adoção homoparental implica em possibilitar que mais crianças encontrem uma família que lhes dê afeto e segurança, atendendo, assim, ao preceito contido no art. 227 da Constituição Federal¹⁴.

Acatar o entendimento da ausência de legitimidade do casal homoafetivo para adotar em conjunto é, com o devido respeito, privilegiar situação na qual apenas um dos pares se habilita a adotar (uma vez que não há no ordenamento pátrio qualquer impedimento à adoção individual por homossexual), em evidente detrimento aos interesses do adotando, que terá vínculo jurídico com um dos pais, mas conviverá e terá vínculo afetivo com ambos os integrantes da união homossexual. Ainda nessa hipótese, em caso de eventual rompimento da união, a criança/adolescente ficará menos amparada, com dois pais afetivos, mas apenas um poderá prestar-lhe alimentos e exercer sua guarda.

Por todas essas razões, não há como se acatar a tese de ilegitimidade das autoras para postular a habilitação conjunta para adoção – que no caso foi inclusive sugerida pela equipe técnica do juízo - tendo como base unicamente o fato de elas formarem união não reconhecida expressamente pelo ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, nada obstante as opiniões em sentido contrário, o enfoque da questão deve tomar outro rumo. Não é a opção sexual dos postulantes que irá definir a possibilidade da habilitação, mas outros requisitos estabelecidos no Estatuto e que visam a proteger os interesses dos adotandos, dentre os quais a existência de ambiente familiar adequado e estruturado e o

¹⁴ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

efetivo benefício da medida à criança/adolescente, de acordo com o disposto nos artigos 29 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tanto é assim que são inúmeros os pedidos de habilitação em conjunto formulados por casais heterossexuais que são indeferidos, em virtude de os interessados revelarem, por qualquer modo, incompatibilidade com a medida ou diante da constatação de inexistência de um ambiente saudável ao desenvolvimento da criança/adolescente.

Sendo assim, apesar de todo o preconceito e tabu que cercam a matéria, o que importa em casos tais é a idoneidade moral das postulantes e sua capacidade e preparo para assumir as obrigações inerentes à filiação que pretendem, independentemente de sua religião, cor da pele ou opção sexual.

Na espécie, todos esses requisitos estão presentes, uma vez que as provas dos autos são uníssonas ao apontar que as autoras/apelantes têm convivência pública, contínua e duradoura (fls. 32/40 e 56), bem como o objetivo de constituir família (exemplificado pela compra de um imóvel em conjunto), configurando verdadeira entidade familiar, formada pelo afeto.

Além disso, o relatório psicossocial e as declarações de fls. 32/39 demonstram estabilidade familiar do casal e a existência de ambiente favorável ao desenvolvimento de uma criança.

Daí porque, reconhecida a união mantida entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e preenchidos os requisitos previstos em lei, não se pode negar ao casal homoafetivo qualquer direito ou garantia do âmbito do direito das famílias, não havendo, dessa maneira, fundamento hábil a restringir a adoção em conjunto, mormente porque até a equipe técnica do juízo a recomendou no caso concreto:

“À alegação de que a adoção por homossexuais pode causar distúrbios na identidade sexual do adotado, estudo nesta área tem afastado essa hipótese, embora se reconheça que os filhos herdaram muito da história de vida de seus pais. O que se verifica é que a homossexualidade dos pais, por si só não determina a identidade de gênero e orientação sexual da criança. Com relação às discriminações de caráter social que talvez possam acontecer, temos a considerar de

que as crianças, adotivas ou não, precisam preparar-se para enfrentar um mundo repleto de diferenças e este papel cabe aos pais. Não respeitar as diferenças existentes na sociedade e em nós mesmos reforça os preconceitos herdados, criados e construídos, discriminando os que não são ou não parecem iguais. Como os pais revelam a condição de adotiva da criança determina a forma com que a criança irá lidar com sua história de vida. A mesma coisa acontecerá com a sexualidade, independente de serem homoafetivos ou heterossexuais. Percebemos nas requerentes a capacidade de educar, com elementos preponderantes, como dosagem de amor e diálogo franco sobre a afetividade, possibilitando o enfrentamento de incidentes discriminatórios, seja sobre sua adoção, seja pela opção sexual das mães e outros tantos que representem uma minoria. No que se refere à construção dos papéis de pai e mãe, ocorrerá da mesma forma que nas adoções monoparentais. As funções paternas e maternas necessitam igualmente existir, porém exercidas independente do gênero sexual, pois são funções. A função paterna precisa existir em três vértices: proteção, limite e direção e a função materna se realizará provendo o vínculo, a proteção e a organização. Existindo as duas funções, estará garantido à criança sua estrutura psíquica. No caso das requerentes, percebemos que o equilíbrio de ambas possibilitará, junto com a convivência dos avós, tios, padrinhos e amigos que as cercam, suprir de forma saudável, essas funções. [...] Nas intervenções técnicas não observamos nada que possa inviabilizar o pleito. Percebemos que as requerentes levam uma vida ajustada, com comportamento ético e fiel aos seus princípios” (fls. 74/75).

Entendimento em contrário por certo violaria de forma evidente o princípio constitucional da igualdade, uma vez que estabelece elemento discriminatório em razão da orientação sexual das postulantes sem qualquer elemento razoável a suportá-lo. A exclusão da possibilidade de as autoras virem a adotar em conjunto com base única e exclusivamente em sua opção sexual, sem analisar as peculiaridades do caso e eventual benefício a uma criança/adolescente em ser colocada no seio desta entidade familiar, retira da criança/adolescente a possibilidade de desenvolvimento sadio e obriga sua permanência por mais tempo em entidades de acolhimento (os antigos abrigos), locais que notoriamente não servem a sua função, por melhores e mais estruturados que sejam.

Por essas razões, há que ser afastada a preliminar de ilegitimidade das autoras.

2.2. Da possibilidade da habilitação sem restrição de idade ou sexo do adotando

No que diz respeito à limitação de idade e sexo do adotando, com o devido respeito à conclusão a que chegou o digno juiz de primeiro grau, tem-se que a respeitável sentença merece reparo.

Isso porque toda sua fundamentação caminha no sentido da possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva com base na não-discriminação em razão da opção sexual, mas ao analisar o pedido de limitação de idade e sexo do adotando, acaba por estabelecer elemento de diferenciação justamente em razão do fato de as postulantes formarem casal homoafetivo, sob o fundamento de que a criança deve ser consultada se quer ou não ser inserida em uma entidade familiar diferenciada.

No entanto, nada obstante os relevantes fundamentos deduzidos e a preocupação e a cautela demonstradas pelo ilustre juiz sentenciante ao estabelecer limite de idade ao adotando, não se encontra fundamento legal ou jurídico para estabelecer restrição à habilitação das postulantes, nem mesmo sob o argumento da busca do melhor interesse da criança.

A idéia de que a inserção de uma criança em um ambiente diferenciado (como a família formada por pessoas do mesmo sexo) é prejudicial a sua formação ainda não encontra respaldo na legislação de regência e tampouco fundamento científico, pois diversos estudos psicológicos realizados demonstram que a opção sexual dos pais em nada influencia no desenvolvimento saudável da criança/adolescente:

“Há evidências suficientes para se afirmar que crianças criadas por pais do mesmo sexo se desenvolvem tão bem quanto aquelas criadas por pais heterossexuais. Mais de vinte e cinco anos de estudos demonstram que não há qualquer relação entre a orientação sexual dos pais e o desenvolvimento emocional, psicossocial e comportamental da criança. Estes dados demonstraram que não há qualquer risco à criança como resultado de ela ter crescido em uma

família com 1 ou mais pais homossexuais. Adultos conscientes e educados, independentemente de serem homens ou mulheres, hetero ou homossexuais, podem ser excelentes pais”¹⁵.

“Dados acumulados sugerem que o atendimento ao melhor interesse da criança requer sua ligação com pais compromissados, educados e competentes. A avaliação se uma pessoa ou um casal atende a essas qualidades parentais deve ser determinada sem prejuízo de sua orientação sexual. Homossexuais, individualmente ou em conjunto, são capazes de atender ao melhor interesse da criança e devem ser garantidos a eles todos os direitos e as responsabilidades dos heterossexuais”¹⁶.

“Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada nenhuma tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais. Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas no desempenho dos papéis maternos quanto as heterossexuais. Por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras

¹⁵ PAWELSKI, James G. *et al.* The effects of marriage, civil union, and domestic partnership laws on the health and well-being of children. Disponível em: <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/content/full/118/1/349>. Acesso em 17/03/2010. Tradução livre do original: “There is ample evidence to show that children raised by same-gender parents fare as well as those raised by heterosexual parents. More than 25 years of research have documented that there is no relationship between parents' sexual orientation and any measure of a child's emotional, psychosocial, and behavioral adjustment. These data have demonstrated no risk to children as a result of growing up in a family with 1 or more gay parents. Conscientious and nurturing adults, whether they are men or women, heterosexual or homosexual, can be excellent parent”.

¹⁶ APA, American Psychoanalytic Association. Social Issues - Position statement on gay and lesbian parenting [online]. Disponível em: http://www.apsa.org/About_Psychoanalysis/Social_Issues.aspx. Acesso em 16/03/2010. Tradução livre do original: “Accumulated evidence suggests the best interest of the child requires attachment to committed, nurturing and competent parents. Evaluation of an individual or couple for these parental qualities should be determined without prejudice regarding sexual orientation. Gay and lesbian individuals and couples are capable of meeting the best interest of the child and should be afforded the same rights and should accept the same responsibilities as heterosexual parents”.

masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais, não havendo sido encontradas evidências de investidas incestuosas para com os filhos. Igualmente não foram detectadas diferenças de identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole. Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo que eram, e nenhuma preferiria ser do sexo oposto. O estudo concluiu: a criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só a um desenvolvimento psicossocial ou constitui um fato de risco psiquiátrico”¹⁷.

Além disso, não se pode olvidar que as dificuldades decorrentes da inserção de uma criança/adolescente em uma família diferenciada podem ser resolvidas pelo diálogo aberto entre pais e filhos, o que permitirá à criança reconhecer, desde logo, que as pessoas são e têm o direito de serem diferentes.

Nesse sentido, merece destaque trecho do parecer técnico do juízo:

“Com relação às discriminações de caráter social que talvez possam acontecer, temos a considerar de que as crianças adotivas ou não, precisam preparar-se para enfrentar um mundo repleto de diferenças e este papel cabe aos pais. Não respeitar as diferenças existentes na sociedade e em nós mesmos reforça os preconceitos herdados, criados e construídos, discriminando os que não são ou não parecem iguais. Como os pais revelam a condição de adotiva da criança determina a forma com que a criança irá lidar com sua história de vida. A mesma coisa acontecerá com a sexualidade, independente de serem homoafetivos ou heterossexuais. Percebemos nas requerentes a capacidade de educar, com elementos preponderantes como dosagem de amor e diálogo franco sobre afetividade, possibilitando o enfrentamento de incidentes discriminatórios, seja sobre sua adoção, seja pela opção sexual das mães e outros tantos que representem uma minoria” (fls. 74).

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito & a justiça, 3ª edição, Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006, p. 113-114.

Além disso, certamente que eventual dificuldade que possa vir a enfrentar a criança em razão da opção sexual de suas mães será infinitamente menor do que os problemas que ela enfrentaria caso viesse a crescer e se desenvolver sem família, na indiferença das entidades de acolhimento.

Ainda, embora oculto e repreensível, deve-se lembrar que em nossa sociedade ainda é grande e notório o preconceito com pessoas negras e de baixa renda. Esses critérios, contudo, embora supostamente também possam criar embaraços ou problemas para a criança, não impedem ou dificultam o processo de adoção por casais negros e/ou pobres.

Desse modo, com o devido respeito, não há, nesse caso, fundamento para limitar a habilitação das postulantes a crianças do sexo masculino com idade mínima de 10 anos.

Nesse sentido já há precedente desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento”¹⁸.

Por fim, merece destaque que após o julgamento do presente recurso, mas antes da lavratura deste Acórdão, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, definiu a possibilidade da adoção conjunta por casal homoafetivo, baseado no melhor interesse da criança e na ausência de vedação legal ao reconhecimento da união

¹⁸ TJPR, 12ª C. Cível, Apelação Cível nº 529.976-1, rel. D'artagnan Serpa Sá, j. em 11/03/2009.

entre pessoas do mesmo sexo, conforme o seguinte trecho do voto do Relator, Min. Luis Felipe Salomão:

“[...] É que, ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: ‘Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável’ (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: ‘Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família’) [...]De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores”¹⁹.

Além disso, mesmo que hipoteticamente se aceitasse que nesse caso o convívio da criança com o casal pretendente pudesse prejudicar seu desenvolvimento, tal questão deve ser analisada **em concreto** quando da colocação da criança na família substituta para estágio de convivência, momento adequado para aferir se a adoção atende aos melhores interesses da criança, e não nesta fase de habilitação, na qual se verificam apenas **em tese** os requisitos para a adoção.

Nesse aspecto, há que se levar em conta que a regra do § 2º do art. 45 do ECA prevê a necessidade de o adotando maior de doze anos de idade manifestar o seu consentimento com a adoção, e o art. 28, § 1º do mesmo diploma, já em sua primitiva redação, atribuía especial importância à opinião da criança/adolescente nas hipóteses de colocação em família substituta. Esta última norma, agora complementada pela recente Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), passou a estabelecer a possibilidade da oitiva da criança/adolescente por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de

¹⁹ Voto do Ministro Luis Felipe Salomão no REsp 889.852/RS, obtido em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1745.

compreensão sobre as implicações da medida, restando mantida a obrigatoriedade do consentimento do adolescente, colhido em audiência.

Daí porque, uma vez que a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, **observadas as peculiaridades do caso**, segundo a dicção do art. 46 do ECA, a questão referente à avaliação da conveniência da constituição do vínculo adotivo haverá de ser relegada a momento próprio, isto é, ao procedimento de adoção propriamente dito.

E as conclusões do estudo do caso deverão ser lançadas em minucioso relatório a ser apresentado por equipe técnica do juízo, que merecerá a devida consideração do Ministério Público e do Juiz da Infância e da Juventude.

Só assim elementos suficientes serão reunidos para aquilatar, com o grau de segurança desejável, se a medida proposta e a aproximação de interessados habilitados e adotando, independente da orientação sexual dos primeiros, atingirão seus melhores objetivos a justificar o deferimento da adoção.

Com o provimento do recurso de apelação resta prejudicado o recurso adesivo interposto pelo Ministério Público do Paraná, que visava ao aumento na idade mínima do adotando.

3. Por essas razões, voto no sentido afastar a preliminar de ilegitimidade ativa, e no mérito, dar provimento ao recurso de apelação para modificar em parte a bem lançada e fundamentada sentença, da lavra do eminente magistrado **Fabian Schweitzer**, apenas para o efeito de retirar a limitação de idade e sexo do adotando, restando prejudicada a análise do recurso adesivo interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, também por maioria, dar provimento ao recurso de apelação, julgando prejudicado o recurso adesivo. Restou vencido o Presidente e Relator originário, Des. Mendonça de Anunciação (com declaração de voto), que votava preliminarmente pela extinção do processo

sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa das autoras e, no mérito, pelo provimento do recurso adesivo, restando prejudicada a apelação.

Participaram do julgamento os Senhores Magistrados **Mendonça de Anunciação** (Presidente, vencido, com declaração de voto em separado) e **Luiz Antônio Barry**.

Curitiba, 17 de março de 2010.

Des. Fernando Wolff Bodziak
Relator designado para o Acórdão

Des. Mendonça de Anunciação
Relator originário, com declaração de voto

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **L M B G**
ADVOGADO : **MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA**

EMENTA

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010(data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : L M B G
ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. LMBG requereu a adoção dos menores JVRM e PHRM, irmãos biológicos, nascidos em 07.09.2002 e 26.12.2003. Informa a requerente que vive em união homoafetiva com LRM desde 1998, e que sua companheira adotou judicialmente as crianças desde o nascimento.

Após a realização de minucioso estudo social do caso (fls. 13-17), a sentença julgou procedente o pedido, deferindo a adoção e determinando a inserção do sobrenome de LMBG nas crianças, “sem mencionar as palavras pai e mãe”, acrescentando ainda que “a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna” (fls. 24-35).

A apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi improvida, estando a ementa assim redigida:

“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” (fl. 69).

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional. Alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de

Superior Tribunal de Justiça

Introdução ao Código Civil, além de dissídio pretoriano. Requer o provimento do recurso, “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada” (fls 85-110).

Contrarrazões às fls. 134-148.

Os recursos especial e extraordinário foram admitidos na origem (fls. 150-151).

O parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo eminente Subprocurador Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, é pelo não-provimento do recurso, contando com a seguinte ementa (fls.159-167):

RECURSO ESPECIAL.

Adoção de filho adotivo de homossexual por sua companheira. Procedência do pedido. Apelação. Improvimento. RESP (CF. Art. 105, III, “a” e “c”). Alegação de ofensa aos arts. 1622 e 1723 do Código Civil, ao art. 1º da Lei 9.278/96 e ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Inocorrência. Apontado dissídio jurisprudencial não demonstrado. Parecer pelo não-conhecimento do recurso pela alínea “c” e improvimento pela alínea “a” do permissivo constitucional.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **L M B G**
ADVOGADO : **MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA**

EMENTA

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

3. Além da peculiaridade antes realçada, uma outra observação inicial se impõe, ao tratar de tema tão importante.

É a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente. De fato, houve momento na história em que aparecer com tronco desnudo na praia era considerado obsceno, passível o autor de prisão em flagrante. Em tempos outros, o casamento interracial, nos Estados Unidos da América, era proibido em alguns estados da federação.

Destarte, em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei, segundo penso, deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

Nesse passo, a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF) deita raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como leciona Fábio Konder Comparato, na obra “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Ed. Saraiva, p. 240:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

4. No caso dos autos, é adequada uma breve descrição fática da situação, com base nos elementos recolhidos pela assistente social Berenice da Silva, no laudo de fls. 13-17:

“L. de 39 anos e Lu. de 31 anos convivem desde 1998. Em abril de 2003 Lu teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004, foi deferida a adoção de J.V. Na época L. participou da decisão e de todo o processo de adoção, auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém é L. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

L. diz que é mais metódica e rígida do que Lu e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. I., mãe de L., a família aceita e apoia sua orientação sexual, “ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, L. os trata como filhos”. Coloca que L. e Lu se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de L. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e Lu (...)

Os meninos chamam L. e Lu de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses (...). A professora dele, L.B.F, informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. L. e Lu estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais dos alunos.

Observou-se que P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de Lu enquanto Lu e L. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.

Lu coloca que, até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos (...).

L. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com Lu e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que Lu. é autônoma e possui problemas de saúde. E ela já possui uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da Urcamp, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca: “a minha preocupação não é criar polêmica, mas resguardá-los para o futuro”.

L. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado às crianças. Se refere à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costumam limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V.

Avaliação:

L. possui relacionamento estável com Lu, mantendo a união homoafetiva há 7 anos. (...)

As motivações de L. são adequadas, pois se preocupa com a segurança futura das crianças. (...)

L. e Lu têm exercido a parentalidade com responsabilidade e atenção às

necessidades das crianças, possuindo ambiente familiar harmônico e estruturado, sendo que L. é uma profissional atuante e reconhecida na comunidade. (...)

As crianças apresentam desenvolvimento aparentemente normal para sua faixa etária, estando plenamente integrados na família e comunidade, atualmente. (...)

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que L. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico”.

5. São dois os pontos cruciais para o deslinde da controvérsia submetida a julgamento: a) o primeiro, como antes mencionado, é a situação fática existente, em que a companheira da requerente já havia adotado regularmente as crianças desde o nascimento, e todos convivem em harmonia com a ora pretendente à adoção, porquanto a união de ambas existe desde 1998; b) o segundo, em um viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimentos das crianças, nos quais antes constava apenas o nome da companheira que primeiro havia adotado.

5.1. Nesse particular, é bem de ver que a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor.

Com efeito, em se tratando de adoção de crianças, há vários interesses envolvidos – daqueles que pretendem adotar, dos menores, do Ministério Público, da sociedade em geral.

Todavia, mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

5.2. Nesse passo, o acórdão recorrido, em análise detida sobre o tema, trouxe diversos estudos especializados (vale conferir, fls. 74-77), que, em resumo, “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”.

Em síntese, tais estudos mencionados pelo acórdão (por exemplo, da Universidade de Virgínia, da Universidade de Valência e da Academia Americana de Pediatria) são respeitados e com fortes bases científicas, indicando:

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

No caso específico dos autos, o Tribunal de origem entendeu, diante do relatório social anexado às fls. 13-17 e da constatação de estabilidade da família, que o

pedido de adoção se mostrava favorável à apelada.

Eis o trecho respectivo (fls. 77-78):

“Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos. E, também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada. Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13-17: (laudo já transcrito)”.

Foi esta também a conclusão do parecer do Ministério Público Federal:

Assim, sendo matéria fática indiscutível a absoluta inexistência de prejuízo no âmbito psicológico-emocional à criança, de cuja adoção se cogita, mas, bem ao contrário, maior segurança, maior amparo e maior afeto a ela reservado, encontra-se apta a recorrida à realização da adoção pretendida (fls. 161-166).

5.3. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

O acórdão recorrido ressaltou ser “hora de abandonar os 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”.

De fato, se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

No caso dos autos, em que as crianças já estão vivendo com o casal desde o nascimento, tendo atualmente seis e sete anos de idade respectivamente, qualquer solução denegatória da adoção retirará das crianças o direito à proteção integral, porquanto contarão apenas com uma das parceiras figurando na certidão de nascimento.

A par de prejuízos de ordem material (sucessão, pensão, dentre outros) que serão acarretados às crianças com a negativa do pleito da autora, avulta-se a questão ética, moral, pois o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica.

Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a

elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. Estudam em colégio particular, como consta do relatório social, e não há qualquer preconceito em relação às outras crianças.

Ademais, releva notar que, se não for reconhecido o direito de adoção pela recorrida – que é tida como mãe pelas crianças –, e se a mãe adotiva LRM, sua companheira, vier a faltar, a ora requerente poderá perder o direito de convívio com os filhos, o que será traumático para os menores, que serão “órfãos de mãe viva”.

De outro lado, se a recorrida é que vem a falecer – sendo ela que possui melhores meios de manutenção da família, como preconizado pelas instâncias ordinárias, quando ficou registrado que a mãe adotiva é autônoma e tem problemas de saúde, enquanto a recorrida é funcionária pública, estável, professora universitária e saudável –, impedir a adoção significa deixar as crianças sem a proteção conferida pelos direitos sucessórios.

O mesmo problema se verifica se houver separação. Aqui a probabilidade de a recorrida perder qualquer direito de convívio com as crianças é ainda maior, pois será possível alegar que inexistente qualquer vínculo jurídico entre LMBG e as crianças, o que será prejudicial tanto para a recorrida como, principalmente, para os menores, e estes não terão direito sequer a alimentos.

Como se não bastasse, há efeitos práticos que independem da eventual separação ou da morte.

Caso deferida a adoção, as crianças terão automaticamente o direito de ser incluídas no convênio de saúde da recorrida, que conta também com vantagens para inclusão de filhos no ensino básico e superior, por ser professora universitária.

Por sinal, o plano de saúde da recorrida decorre, como consignado pelas instâncias ordinárias, do vínculo empregatício, em que geralmente são estabelecidas regras de inclusão de dependentes, não sendo, por isso mesmo, daqueles de livre pactuação no mercado, como quer fazer crer o recorrente.

5.4. A atitude da requerente, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. A adoção, quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, como no caso dos autos, é um gesto de humanidade, e LRM foi além, adotando duas crianças e delas cuidando. Os menores são, ainda, irmãos biológicos – e, segundo o Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de

2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança (fonte: Jornal Folha de São Paulo de 4 de agosto de 2009).

Na verdade, a fundamentação do recurso especial passa distante do ponto central da questão, qual seja, os interesses das crianças e, no que diz respeito ao caso concreto, insurge-se apenas quanto à situação das mães, por isso que o Tribunal de origem assinalou:

“Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?” (fl. 79-verso).

6. A doutrina acolhe a tese do acórdão.

Mormente em se tratando de situação já consolidada, como no caso dos autos, importante destacar a observação de Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia a respeito:

“Ora, se o que se busca com a adoção é o bem-estar da criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderíamos dizer que o não-reconhecimento das famílias compostas por pais/mães homossexuais e, assim, a impossibilidade da adoção por ambos os (as) parceiros (as) iria contra os princípios legais, já que facilitaria o fato de a criança se sentir diferente e discriminada. Assim, a criança poderia se sentir estigmatizada não por ser adotada por pessoas homossexuais, mas pela lei de seu país não considerar sua família como tal” (*Adoção por Homossexuais – A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, Ed. Juruá, p. 217).

Na mesma linha, confirmam-se Vera Lucia da Silva Sapko, *Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais*, Ana Paula Ariston Barion Peres, *A Adoção por Homossexuais – Fronteiras da Família Pós-modernidade*, Enézio de Deus Silva Júnior, *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*.

Por todos, vale transcrever a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, que, curiosamente, menciona exatamente o caso ora em exame, logo após o seu julgamento pelo Tribunal local:

A adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo foi objeto de reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos. A Sétima Câmara Cível,

por unanimidade, confirmou a sentença de primeira instância proferida pelo Juiz Julio César Spoladore Domingos, da Comarca de Bagé, concedendo a adoção de dois irmãos, à companheira da mãe biológica. A decisão reconheceu 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. Não identificando os estudos especializados qualquer inconveniente para que crianças fossem adotadas, e comprovado o saudável vínculo de afeto existente entre as crianças e as adotantes, destacou o ilustre Relator: “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, CF)”. Não se pode usar como argumento contrário à adoção por casal homoafetivo a impossibilidade do registro do filho. O art. 54 da Lei nº 6.015, de 1973, conhecida como “Lei de Registros Públicos”, dentre os elementos de identificação, indica os nomes e prenomes dos pais, e os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos. Nada impede a simples menção dos “pais”, atendida a ordem alfabética e respectiva filiação biológica (avós) (*Instituições de Direito Civil – Volume V - Direito de Família*, Ed. Forense, p. 422).

7. Ademais, como se sabe, e é possível constatar em rápida pesquisa à rede mundial de computadores, são vários países hodiernamente onde há previsão legal expressa permitindo a adoção por casais homossexuais, valendo destacar: Inglaterra, País de Gales e Países Baixos. O mesmo ocorre em algumas províncias da Espanha, entre as quais Navarra e País Basco.

8. Destarte, por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

9. Como reforço de argumentação, e no sentido de afastar, por outro aspecto, a tese jurídica do recorrente, que alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, vale recordar que, segundo penso, não existe proibição para o reconhecimento de qualquer união, desde que preenchidos os requisitos legais.

Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres.

O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos

Superior Tribunal de Justiça

pelo artigo 2º (Lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

A matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

Nesse particular, leciona Vicente Rao:

“As lacunas do direito normativo, segundo Enneccerus, nos quatro casos seguintes se verificam:

(...)

2º. quando a norma é totalmente omissa: a) intencionalmente, porque o problema, ao sobrevir a lei, não se achava suficientemente amadurecido para a solução; b) ou, apenas, porque a solução não foi prevista; c) ou, ainda, porque a questão não chegou a ser praticamente suscitada até a superveniência da norma” (*O Direito e a Vida dos Direitos, Volume I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.456-458).

Como é de curial sabença, a lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico. Admite-se a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

“A analogia consiste no processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para leva-lá às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado” (*Instituições de Direito Civil, Volume 1*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.72).

Por outro lado, ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal.

Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que anos atrás em seus estudos jurídicos cunhou a expressão relação homoafetiva, adverte:

“A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como

Superior Tribunal de Justiça

motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.”
(*Homoafetividade: o que diz a Justiça*, Editora: Livraria do Advogado, p.11-12).

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais, a norma inserta no artigo 4º da LICC, que dispõe:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Confiram-se os precedentes:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação.

Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa.

Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade

jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de

benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Recurso especial provido.

(REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010).

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

(...)

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

(...)

(REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ de 02/10/2006).

A Suprema Corte também assim se manifestou, em decisão proferida pelo Ministro Celso Mello, quando analisou o pleito formulado na MC na ADin 3.300/DF, DJ de 09/02/2006:

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO

PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART.226,PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

(...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Em se tratando de benefícios previdenciários, o INSS editou a Instrução Normativa 25, que "estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem

adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. Tal instrução, embora de caráter administrativo, sinaliza uma evolução no tratamento da matéria, ao se utilizar, expressamente, do termo união estável para as relações homoafetivas. É o que dispõe o artigo 3º: “A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos...”.

Também a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – a “Lei Maria da Penha” -, estabelece no artigo 5º, parágrafo único, que “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

No julgamento do Recurso Especial 820.475/RJ, DJ de 11/05/2009, esta Corte entendeu pela possibilidade jurídica do pedido de declaração de união estável formulado por casal homossexual, ficando a ementa assim redigida:

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.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

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.

Embora naquela oportunidade a Corte não tenha adentrado no mérito, afastando apenas a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, entendo que os

fundamentos expendidos naquele voto podem aplicar-se ao caso concreto.

É que, ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”).

Por sinal, o acórdão recorrido foi claro em afirmar que, apesar de a união homoafetiva não constituir uma união estável, o tratamento jurídico a ser dado a ambas as situações deve ser idêntico. Confira-se o trecho respectivo:

“Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos”.

(...)

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento jurídico às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto”.

Nesse sentido também foi o pronunciamento do Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, registrou:

“Há de se ressaltar que a Lei, ao estabelecer que a união estável entre homem e mulher caracteriza entidade familiar, apenas teve a preocupação de também incluir esta forma de convivência na concepção de família, sem dela excluir, entretanto, as relações homoafetivas, agindo, portanto, com acerto o Tribunal de origem que, por analogia ao regramento vigente, entendeu ser o

Superior Tribunal de Justiça

caso de lhes dar tratamento equivalente à união estável, sendo possível, portanto, a adoção conforme pleiteado”. (...)

Portanto, quer se reconheça à união homoafetiva de que cuida este processo o caráter de união estável, quer se lhe reconheça a natureza de instituição a ela equivalente, não há como negar que caracteriza entidade familiar.

Também o E. Tribunal Superior Eleitoral, que congrega membros tanto do Pretório Excelso quanto dessa Corte Superior de Justiça, reconheceu, expressamente, que a união de duas mulheres, nas condições antes expostas, configura, efetivamente, relação estável “à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável de concubinato e de casamento”, a tal ponto que se submete “à regra de inelegibilidade prevista no artigo 14, § 1º, da Constituição Federal” (Respe nº 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em sessão em 1º.10.2004).

De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores.

10. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes regimentais, uma vez que a parte não procedeu ao indispensável cotejo analítico, exigência contida nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ. Tal circunstância impede o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, realmente a jurisprudência do STJ vem fortalecendo essa compreensão. Já julgamos processo, salvo engano, de V. Exa., em que admitimos a mudança de sexo no registro de nascimento. Em outro caso mais antigo, acredito que da relatoria do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, houve a posse e guarda da criança por uma das companheiras supérstites na relação. Admitimos também, em outro precedente, a divisão patrimonial entre um casal do mesmo sexo. Mais recentemente, a Terceira Turma admitiu, em relação ao direito à previdência complementar da pessoa que estava inscrita no plano, ainda que do mesmo sexo. De modo que a jurisprudência vem toda caminhando nesse sentido. E mais o precedente citado por S. Exa., no REsp. n. 820.475/RJ, admitindo a possibilidade jurídica de uma ação, embora tenha sido por maioria, é um precedente, e, como V. Exa. costuma enfatizar, e eu também valorizo muito, este é um Tribunal de precedentes, que firma teses. E naquele a maioria firmou que seria possível a ação declaratória de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Caminhando nesse sentido, estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, principalmente pela primeira parte da fundamentação quanto à necessidade de proteção maior, que é o direito à vida e à dignidade dos menores, que estão muito bem assistidos pelo casal em questão.

Já havia lido o voto e, agora, relendo-o, registro o meu elogio quanto à qualidade dos judiciosos argumentos apresentados por S. Exa., com quem estou de acordo.

Conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator):

Sr. Presidente, a evolução da vida em sociedade, às vezes, traz-nos perplexidades nas suas inovações e evoluções.

Este caso não deixa de ser uma inovação que se estabelece na relação entre pessoas. O voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão é bastante claro, e não tenho dúvidas em acompanhá-lo, porém acrescento que o Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 11, do qual o Brasil é signatário, determina o respeito à dignidade da pessoa humana. Na verdade, em respeito a esta dignidade não se justifica que as crianças fiquem em albergues ou patronatos, com tratamentos não condizentes na maioria das vezes ante a omissão do Estado, razão porque se impõe e é preferível que se admita a adoção, notadamente ante às razões justificadas no laudo dos "*experts*" produzidos em face a realidade.

Estou de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2006/0209137-4

REsp 889852 / RS

Números Origem: 5656 6440 70013801592 70015438781 7002

PAUTA: 27/04/2010

JULGADO: 27/04/2010
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, gostaria de parabenizar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está um primor. O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos fez um estudo profundo, prudente e claro. É interessante observar que, nesse estudo todo, S. Exa. traz algumas informações importantes. Por exemplo, primeiro, que as duas vivem uma relação séria e estável. A assistente social chega a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade.

Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver.

Segundo ponto: não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos? Porque agora está assim, vêm com todo esse formalismo e apelo moral mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência. Aliás, ressalto importante aspecto que ouvi no voto segundo o qual as crianças chegam desses abrigos maltratadas, sempre com lesões e marcas. Que são reduzidas a chance de uma criança ser adotada após os quatro anos de idade..., porque, depois dos quatro anos, geralmente, não se encontra quem as adote, ficando fadadas a serem mantidas em patronatos até os dezoito anos, e o que é pior, com as conseqüências de convivências no mais das vezes negativas.

Terceiro, precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais heteros têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano. Dano causa a manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção. A adoção melhora, e muito, as condições de

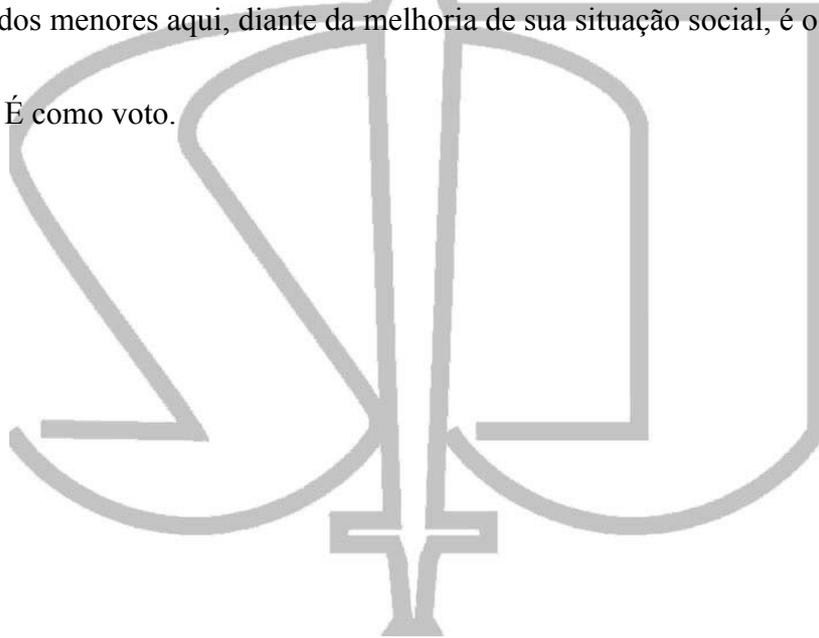
Superior Tribunal de Justiça

assistência médica e social; isso está positivado no acórdão recorrido.

Mais interessante, e que merece destaque, é a posição do acórdão, quando diz que o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao recorrer, é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais. A indignação fora acolhida do acórdão até pelo Ministério Público Federal, que fala ser nítido manter o interesse dos menores.

Então, como se trata do primeiro caso da Turma, devemos ter bem presente que estamos fixando uma orientação. Nesses casos, há de se atender sempre o interesse do menor. E o interesse dos menores aqui, diante da melhoria de sua situação social, é o da adoção.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, gostaria antecipadamente de responder a uma crítica. Às vezes, têm-nos assacado com a crítica de que estamos legislando em matéria de Direito de família. *Data venia*, lembro que toda construção de Direito familiar no Brasil foi pretoriana. A lei sempre veio *a posteriori*. Com o concubinato foi assim, com a união estável foi assim.

No caso, é preciso chamar a atenção para o seguinte: a lei não proíbe, ela garante o direito tanto entre os homoafetivos, como entre os heteros. Apenas lhes assegura um direito, não há vedação. Não há nenhum dispositivo que proíba, até porque uma pessoa solteira pode adotar. Então, não estamos aqui violando nenhuma disposição legal, mas construindo em um espaço, em um vácuo a ser preenchido ante a ausência de norma, daí a força criadora da jurisprudência. É exatamente nesse espaço que estamos atuando. Não estamos violando nenhum dispositivo. O Código Civil garante: homem ou mulher, casados podem.

Mas não diz que é vedado em momento algum. Então, é preciso entender normas de garantia e diferenciá-las de normas de proibição. E não há nenhuma norma de proibição.

Na minha visão, se estamos falando sobre aquilo que é melhor para a criança, é esse entendimento que deve prevalecer. Salvo entendimento contrário dos meus Pares, mas penso que devemos olhar sempre o interesse do menor.

Portanto, sinto-me muito tranquilo para decidir aqui sem nenhuma sensação de invasão do espaço legislativo. É muito importante deixar positivado.