



Laura Costa Kitamura

ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Juiz de Fora
2010

Laura Costa Kitamura

ADOÇÃO DE MENORES POR CASAS HOMOSSEXUAIS

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor ISRAEL CARONE RACHID.

Juiz de Fora

2010



FACULDADE DE DIREITO

ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor ISRAEL CARONE RACHID.

Aprovado em 25/11/2010

Prof. Orientador: Israel Carone Rachid
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a.: Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.: Leonardo Gomes Fernandes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2010

À minha querida mãe, pelo apoio incondicional e pelo constante incentivo na busca das vitórias, que ela mesma me convence que sou capaz de alcançar.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho representa mais uma etapa vencida em minha vida.

O caminho percorrido até aqui deixará, apesar dos inúmeros tombos sofridos, boas lembranças, que ficarão para sempre em minha memória.

O curso de Direito foi uma das melhores e maiores surpresas dadas a mim por Deus. Foi a escolha certa. Ao longo desses cinco anos, aprendi muito e errei. Mas esses erros, hoje, me engrandecem como pessoa e me fazem enxergar a realidade de forma mais crítica e racional.

A conclusão do curso, com a elaboração deste trabalho, representa uma vitória, que sem a ajuda de pessoas essenciais não teria sido alcançada.

Por isso, hoje, agradeço ao Prof. Israel Carone Rachid, meu orientador, pelo apoio e pelo suporte que me proporcionou.

Ao Dr. Ruy Nogueira de Sá Filho, Juiz da Segunda Vara de Família, e ao seu assessor Rodolfo Silva Moura Vale pelo constante e diário aprendizado. Devo muito aos esclarecimentos a mim fornecidos por ambos.

À minha família, minha mãe, ao Fernandinho e ao Dudu pela compreensão e ajuda no decorrer da elaboração deste trabalho.

Ao Felipe, meu querido companheiro, amigo e amor que com sua paciência peculiar se absteve em vários momentos para que eu pudesse me dedicar ao estudo do tema.

Ao meu pai, Fábio Kitamura, que mesmo de longe, sei que esteve olhando por mim e me amparando.

E por fim, a todos os meus amigos que me auxiliaram nos momentos de dúvidas e me acolheram nos momentos de insegurança.

Aquilo que é bom para qualquer um e para todos, para quem quer que seja – isso é bom para mim... O que julgo bom para mim mesmo, deverei desejar para todos.

ZOROASTRO. Há 3000 anos, Pérsia.

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a possibilidade do deferimento do pedido de adoção de menores por casais homossexuais, com menção a recente julgamento feito pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e as inerentes consequências dele advindas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Relação Homossexual. Adoção. Interesse do Menor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA EVOLUÇÃO DO DIREITO	11
2 DA TUTELA AOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS	14
3 DA UNIÃO HOMOSSEXUAL	18
4 DA ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS	24
4.1. Aspectos Positivos e Aspectos Negativos	24
4.2. A Discussão	27
4.3. O poder concentrado no magistrado	28
4.4 A Realidade	29
5 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	31
6 DO INTERESSE DO MENOR	34
CONCLUSÃO	36
ANEXO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

Diante das constantes transformações decorrentes das mudanças sociais faz-se necessário um acompanhamento por parte do Direito, instrumento de pacificação social. Principalmente no âmbito do Direito de Família, essa atualização revela-se necessária, pois a carga sentimental e emocional presente nessas causas são significativamente maiores.

Todavia, essa atuação do Estado-Juiz deve ser feita de maneira racional e equilibrada, justamente para não ferir princípios garantidos constitucionalmente.

Para que tal equilíbrio seja alcançado, importantíssima é a atividade do operador do direito. Métodos de integração, dogmas doutrinários e soluções jurisprudenciais são, então, meios concretos utilizados para adequar a realidade social às previsões normativas.

Quanto aos direitos dos homossexuais, a busca pela sua tutela frente ao Judiciário, consoante às transformações advindas da sociedade, aumenta a cada dia. E apesar de lacunosa a lei, diversas alternativas são apresentadas.

O ordenamento jurídico brasileiro não regula, expressamente, a união homoafetiva, bem como a possibilidade da adoção de menores por casais homossexuais. Por isso, muitos dizem que não são permitidas, visto que a lei impõe elementos restritivos à caracterização destas duas situações.

Apesar disso, a doutrina que defende ser possível a caracterização dessas duas situações pauta-se em argumentos coerentes e bem fundamentados. Através da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e da aplicação analógica das normas atinentes à união estável, eles defendem que a adoção de menores por casais homossexuais não só é possível, como socialmente recomendável.

Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em 27 de Abril de 2010, proferiu um julgamento capaz de modificar os nortes de argumentação dessa matéria, em uma demonstração de caráter evolucionista e democrático, muitas vezes questionado.

O voto do Ministro Relator do referido julgado merece destaque e elogios. Na intenção de resguardar o interesse dos menores, ponderou as peculiaridades da situação e analisou a questão de forma justa.

Este trabalho pretende analisar os aspectos de tal julgamento e demonstrar as consequências dele advindas, de forma a produzir no interlocutor, abertura em seus pensamentos, deixando de lado o conservadorismo, adotando uma posição mais vanguardista.

Acima de qualquer posicionamento adotado prima-se, sobretudo, pela defesa do interesse dos menores envolvidos, observando, sobretudo, princípios constitucionais da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

1 DA EVOLUÇÃO DO DIREITO

O primeiro ponto a ser sopesado quando a discussão envolve normas jurídicas e sua aplicação é, sem dúvida, a questão da evolução do Direito.

É sabido que o Direito, ramo das ciências humanas, não é capaz de apresentar resposta exata a todos os questionamentos contra ele formulados. Apesar disso, como instrumento de pacificação social, deve, ao menos, tentar apresentar alternativas para a solução dos conflitos.

O seu objeto de estudo está concentrado nas relações humanas sociais. Sendo assim, é notório o alto grau de complexidade que o envolve. Ele representa uma espécie de força maior, que detém o poder de dizer o que está correto, e por isso, sua aplicação deve ser cautelosa, justamente para que seja alcançada a justiça da decisão.

Thomas Hobbes, apesar de ter sido reconhecido como teórico absolutista, em muito contribuiu para a definição de Estado e sua organização. Deixando de lado o viés absolutista por ele adotado e extraíndo a pureza de sua teoria, podemos concluir que suas definições e conclusões contribuíram significativamente para a identificação de noção do Direito.

Hobbes dizia que só conseguimos superar o “estado de natureza” em que vivíamos, onde o homem era o lobo do próprio homem, através da existência de um contrato social. A sociedade humana apresentava uma tendência natural ao caos. Os homens, por causa do intrínseco instinto egoístico, destruiriam uns aos outros para obter a satisfação de seus interesses pessoais, em uma evidente guerra de todos contra todos.

Para evitar essa desordem e superar esta caótica situação, os seres humanos estabeleceriam uma espécie de contrato social, em que todos cederiam seus direitos a um soberano. Eles renunciariam às suas próprias liberdades, em nome da sociedade.

Essa concepção Hobbesiana contribuiu consideravelmente para a noção do Direito no mundo moderno.

Na mesma linha de pensamento, o Direito representa uma autoridade superior, ou seja, todos os indivíduos de uma determinada região abdicam, ainda que indiretamente, de suas próprias vontades em nome da organização social, submetendo-se às condições pré-estabelecidas, denominadas Leis.

O Direito, como dito anteriormente, tem como objeto de estudo as relações sociais. Seu maior desafio é encontrar soluções pacíficas e justas para conflitos complexos advindos dessas relações.

O Direito serve como regulador e pacificador das eventuais divergências ocorridas na esfera humana. Dessa forma, impossível seria a existência e manutenção de uma sociedade

sem Leis que definam essa organização, descrevam normas de conduta e condicionem certos comportamentos a determinadas consequências.

Como tal, o Direito é o responsável por manter uma sociedade organizada e para manter-se firme, deve procurar sempre acompanhar o ritmo dessas relações, evoluindo conforme as mesmas. Do contrário, seria considerado ultrapassado e não mais aplicado.

Assim, fala-se em Evolução do Direito. As relações sociais não permanecem sempre da mesma forma. Elas evoluem, se modificam conforme as pessoas vão mudando, conforme a realidade vai se transformando.

Cada época na História representa uma fase diferente, em que as pessoas possuem pensamentos diferentes, concepções diferentes, comportamentos diferentes.

O mundo evolui, com novas tecnologias, invenções, comportamentos mais exibidos ou talvez mais restritos. Barreiras do preconceito são vencidas e a sociedade se acostuma a determinadas práticas, antes consideradas intoleráveis.

Justamente pelo fato do Direito ser o regulador das relações humanas que ele deve acompanhar tais evoluções. As normas regulam comportamentos e ditam regras de suma importância para a sobrevivência dos seres que a elas se submetem. Apresentam, ainda, coercitivo, pois quando não respeitadas, impõem sanções. Por isso, para que não percam a sua força coercitiva e regulamentadora, as normas devem estar atualizadas, acompanhando as mudanças da sociedade que regulam. Do contrário, perderão a força e o estado caótico combatido por Thomas Hobbes será a realidade inevitável.

Por outro lado, embora se defenda que o Direito deva evoluir para acompanhar as relações sociais, não é razoável pensarmos que o processo de elaboração das leis deva ocorrer no mesmo ritmo.

O processo legislativo, por ser complexo, requer tempo e dedicação. Assim, inviável seria a idéia de que deva evoluir no compasso das relações. Além disso, o princípio da Segurança Jurídica deve, também, ser observado. Ele é capaz de garantir a ordem e o respeito aos direitos individuais e coletivos. Sua não observância acabaria por obstruir o alcance ao Contraditório Pleno e à Ampla Defesa, gerando desordem e descrédito do Direito.

Justamente por isso, se justifica a conduta do legislador em determinadas situações. Muitas vezes, o legislador, levando em conta essa mutação das relações sociais, opta por deixar em aberto o conteúdo de algumas normas jurídicas. Para tanto, ou seja, para adequar a situação real à norma mais condizente, existe a figura do operador do Direito e dos métodos de integração. O operador é o responsável por escolher a norma mais correta para cada caso concreto e, dessa forma, garantir a solução mais razoável e justa para as partes envolvidas.

O magistrado, figura de importância notável no campo de aplicação das normas, merece destaque quando da abordagem desse tema.

Ele é capaz de dizer, ao certo, qual é a norma aplicável diante de eventual lacuna, no ordenamento jurídico pátrio.

Mas para que sua atuação ocorra da maneira correta e justa, a leitura, interpretação e aplicação das regras existentes devem ser feitas à luz da Constituição Federal, tendo em vista ser soberana e garantidora dos direitos fundamentais.

Atualmente, a interpretação que se busca é sistemática, o ordenamento deve ser visto como um todo, para que cada ramo jurídico alcance os seus propósitos sem ferir o conteúdo dos demais.

Em suma, o que se pretende dizer na parte inicial desse estudo, é que o Direito é regulador de relações e por isso deve acompanhar, na medida do possível, as evoluções da sociedade. Para tanto, é necessário concentrar certos poderes nas mãos dos operadores do direito, sobretudo dos magistrados, para que estes adéquem as normas existentes às necessidades de cada caso real, levando-se em conta a observância dos princípios da segurança jurídica e ampla defesa, garantidos constitucionalmente.

A sociedade evolui e, portanto, o Direito deve evoluir com ela, mas sempre observando os demais preceitos fundamentais, sob pena de restar perdido o principal propósito, a JUSTIÇA.

2 DA TUTELA AOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS

Após a breve análise sobre a evolução do Direito é possível adentrarmos em um ponto relevante para o presente trabalho: a tutela dos direitos dos homossexuais.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 1º:

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 fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

É notável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é fundamento do Estado brasileiro. Apesar de muitos criticarem tal princípio, afirmando que sua conceituação é impossível, tendo em vista a vasta possibilidade do conteúdo que ele pode englobar, indiscutível é o seu valor, sendo que sua aplicação pode se dar de maneira diferente diante dos diversos casos concretos.

Através deste princípio é possível cobrar do Estado uma postura ativa no que tange às condições existenciais de cada indivíduo, inclusive em suas esferas particulares. O Estado, como garantidor da ordem e do equilíbrio social, deve se valer de princípios como este para solucionar conflitos e garantir a paz.

Neste viés, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece logo no preâmbulo:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...); XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...).

Mais uma vez, nota-se que a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro repudia qualquer forma de discriminação. A partir da leitura desse artigo extrai-se o enfoque dado ao Princípio da Igualdade, já que, expressamente, determina-se que o tratamento dispensado aos

indivíduos deve ser o mesmo, independente das condições pessoais de cada um, inclusive o sexo.

No âmbito do Direito de Família, Marli Martins de Assis¹ dispõe:

No âmbito do direito de família, a proteção constitucional tem por alvo a "família" (art.226, caput, CB/88), ou seja, qualquer família, sem distinção entre os diferentes modelos de entidade familiar, podendo conceber a família plural, para além do reconhecimento das duas entidades familiares não constituídas pelo casamento, que são a união estável (art.226, § 3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º), ou seja, podendo conceber a união homoafetiva.

Sendo assim, valendo-nos da leitura constitucional do sistema normativo como um todo, podemos extrair que a orientação sexual de cada indivíduo pouco importa para a garantia dos direitos e a obediência dos deveres. Todos são iguais perante a lei e, por isso, quando envolvidos na mesma situação, merecem o mesmo tratamento.

Nesse contexto, levanta-se a questão dos Homossexuais.

Em primeiro lugar, há de se ter em mente que a questão não é pacífica. A resolução não se revela tão simples, como a lei pressupõe, porque, nesse caso, a teoria é a mesma, mas a realidade é completamente diferente.

Ao longo de muitos anos, e por vezes hoje, os homossexuais são discriminados. Em outras épocas eram vistos, até mesmo, como aberrações sociais.

A sociedade é responsável por definir comportamentos e ditar regras, e essas regras e comportamentos, muitas vezes, não se revelam coerentes e justos.

Essa discriminação, apesar de não se mostrar tão acirrada como antes, ainda existe, mas é totalmente desprovida de fundamento. Muitas vezes, a tentativa de se encontrar algum argumento que a justifique é frustrada, demonstrando que elas se pautam simplesmente no fato de que algumas pessoas merecem ser repudiadas pela opção sexual que possuem.

Pesquisas demonstram que os homossexuais são vítimas de discriminação simplesmente por serem homossexuais, não existe argumento plausível capaz de sustentar uma ideologia.

¹ ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>.

A sociedade, desde os primórdios, se revelou machista e conservadora. Isso não pode ser negado. A visão tradicional de comportamento social determina que os homens detenham o poder e as mulheres, por serem frágeis, devem se comportar de maneira passiva. Nota-se que homens e mulheres têm seus comportamentos pré-definidos, ainda que de maneira indevida. Essa visão determina comportamentos sem levar em consideração as vontades e as características pessoais de cada indivíduo.

Assim, quando a realidade se modifica, paira o sentimento de espanto e muitas pessoas tentam repudiar os novos comportamentos. O “novo” pode acarretar mudanças drásticas, na visão de alguns, e na tentativa de evitar essa possibilidade repudiam-na.

Os homossexuais, numa determinada época, nem sequer eram considerados. O número de relatos é ínfimo, justamente porque a sociedade os repudiava com tanto vigor que dificilmente assumiam tal orientação.

Apesar disso, existiam e viviam clandestinamente. Quando descobertos eram julgados como loucos ou pervertidos, anormais, seres que, por fugirem à concepção normal de indivíduo, mereciam ser menosprezados e banidos do meio social. Foram consideravelmente oprimidos, que por vezes, ainda acontece, nos dias atuais.

Marli Martins de Assis²² destaca:

Os arranjos civilizatórios que foram se rompendo na sociedade pós-moderna provocaram mudanças paradigmáticas muito significativas em todas as áreas do saber, mas ainda não suficientes para atender às diferentes demandas existentes, no que se refere ao trato com o homem e deste com seus semelhantes. O medo de enfrentar o desconhecido dá lugar à permanência de pensamentos limitantes e inibidores, que quase sempre discriminam e atentam contra a dignidade humana.

Todavia, a sociedade evoluiu. Avanços tecnológicos e científicos trouxeram respostas para muitos questionamentos.

A tolerância começou a ganhar espaço no eco das indagações. A Sociedade, mais compreensiva, passou a tolerar outros comportamentos, por força das várias respostas obtidas.

Assim se deu com relação aos homossexuais.

²² ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>.

Diante das constantes evoluções, o mundo passou a tolerar comportamentos até então considerados repudiáveis e, por isso, o Direito, como instrumento regulamentador das relações, precisou se ocupar também dessas questões.

Com relação aos homossexuais, isso não foi diferente. Eles, que enfrentaram os preconceitos e, apesar disso, conseguiram se firmar na sociedade, passaram a buscar, também, uma tutela garantidora de seus direitos. De tal forma que, hoje, apesar de ainda existir preconceito, a sociedade, pelo menos em parte, os aceita e os trata como iguais.

Novamente Marli Martins de Assis³ destaca:

Um outro paradigma rompido nas Ciências Psíquicas refere-se à concepção da identidade em função das escolhas sexuais. O homossexualismo (ismo = doença) cede lugar à homossexualidade (identidade sexual) e, com isso, não mais se concebe a existência de uma doença e sim de escolhas efetivadas em função de uma estrutura psíquica. A homossexualidade é da ordem da subjetividade e não da patologia. Isso reflete diretamente no ordenamento jurídico, redimensionando a concepção de indivíduo e de família, enquanto sujeitos de desejos e sujeitos de direitos.

Nesse sentido, começaram a surgir os primeiros projetos de leis que objetivavam conceder, explicitamente, alguma garantia a tais indivíduos.

Um exemplo foi a elaboração do projeto de lei 1.151/90 que regula as parcerias civis registradas entre pessoas do mesmo sexo.

O projeto de lei, de autoria de Marta Suplicy, encontra-se em anexo (anexo 1).

Hoje a sociedade tende a aceitá-los melhor, garantindo-lhes suporte e adequação ao meio em que vivem. Esse projeto de lei foi um reflexo disso, de uma tentativa de estabelecer uma garantia legal a tais indivíduos, até então vítimas de horríveis preconceitos.

Apesar de possuir, atualmente, um conteúdo atrasado e superado por outras normas legais, essa iniciativa merece destaque, visto ter ocorrido no ano de 1995, ou seja, há 15 anos, quando a sociedade sequer pensava em tutelar os direitos dos homossexuais.

Dessa forma resta-nos esperar que o avanço da humanidade continue nesse sentido, buscando, cada vez mais, a tolerância e a paz social.

³ ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>.

3 A UNIÃO HOMOSSEXUAL

Nos dizeres de Evita Perón: “Onde existe necessidade existe um direito”.

Essa citação demonstra que o Direito não permite que situações lacunosas fiquem desprovidas de regulamentação. No âmbito jurídico existe o princípio de que o magistrado não pode esquivar-se de dizer o direito sob o argumento de que inexistente dispositivo legal que regule a situação. Justamente por isso, são oferecidos métodos de integração.

No tocante à União Homossexual, primeiramente, é preciso ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro é silente. A legislação em vigor nada dispõe a esse respeito, ou seja, não tutela especificamente a permissão ou a proibição.

Sendo assim, frente à lacuna presente na lei, faz-se necessária a utilização dos métodos de integração do Direito.

Esses métodos vêm previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, 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 do direito

Por isso, o intérprete do direito, ao exercer suas funções, deve ater-se aos princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, juntamente com as leis já existentes, mesclando o que for cabível e compatível, na tentativa de extrair a melhor solução para o caso concreto.

O projeto de lei supracitado, nº 1.151/90, relativo às parcerias civis registradas entre pessoas do mesmo sexo, foi uma tentativa de regulamentar essas relações que, vêm tomando outra dimensão e não são mais consideradas anormais, e sim, cada vez mais, comuns.

Apesar do projeto não ter sido aprovado, a doutrina e jurisprudência reconhecem, em peso, que essas relações existem e enquanto durar essa situação de lacuna, a solução será a integração.

Vale ressaltar que alguns doutrinadores, como Fábio Ulhoa Coelho⁴, ciente dessa situação, explicita:

A união civil de pessoas do mesmo sexo representa uma solução intermediária entre, de um lado, a admissão do casamento de

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, volume 5. 1806.

homossexuais e, de outro, a inexistência de disciplina legal; ela tem sido adotada por muitos ordenamentos jurídicos e será incorporada, cedo ou tarde, ao direito brasileiro.

Até lá, cabe à jurisprudência proteger a família nascida de vínculos de conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que fez, no passado, na tutela da união estável.

Parte da doutrina considera que, ante a inexistência de dispositivo legal que regulamente a matéria, devem os Tribunais ditar regras pertinentes e aplicáveis a cada caso concreto. Muitos deles não consideram a impossibilidade da existência de união homoafetiva, simplesmente pelo fato de não haver tutela específica no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao intérprete do Direito a escolha do melhor método para preencher essa lacuna.

Atualmente, o instituto da União Estável está disciplinado por normas presentes na Constituição Federal e no Código Civil.

A interpretação literal desses dispositivos legais permite concluir que a União Estável só restará devidamente caracterizada na hipótese dos companheiros/ conviventes possuírem sexos diferentes. A diversidade de sexo é, então, um requisito apontado pela lei para a caracterização da União Estável, como se vê da seguinte leitura:

Art. 226, §3º, Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

Art. 1723, Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Essa interpretação literal acaba por fundamentar argumentos contrários à caracterização de uma união homoafetiva, já que tais entendedores justificam seus posicionamentos pela literalidade dos artigos. O que não parece ser a posição mais correta.

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, lei específica que regulamente a união homoafetiva. Assim, a doutrina se divide. Uma parte sustenta a inexistência dessa união, já que o Direito não a tutela.

Mas, um segundo viés doutrinário argumenta no sentido de que, como o Direito não pode escusar-se de tutelar uma determinada situação face à inexistência de dispositivo legal, a analogia seria o método de integração cabível para solver esse problema, de forma que a união homoafetiva seria regida pelas regras da união estável comum. Sustentam ainda, que, além disso, o dispositivo legal existente não cria restrição alguma à eventual união entre pessoas do mesmo sexo, já que se o legislador quisesse poderia fazê-lo. A diversidade de sexos em nada influencia as conseqüências do reconhecimento da união. A lacuna na lei exige a aplicação dos métodos de integração pelo operador do direito, por isso, nada obsta à aplicação da analogia nos casos concretos.

O que se pretende dizer com toda essa abordagem feita é que a união homoafetiva existe, e quando ela buscar alguma resposta do Direito, ele dará com base nas regras da união estável comum.

Assim, demonstrada a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família, restará configurada a referida união e, conseqüentemente, todos os efeitos jurídicos dela advindos.

O Direito de Família, hoje, tende a deixar concepções positivistas para trás, evidenciando, cada vez mais, o afeto e os sentimentos que envolvem essas relações, colocando-os, muitas vezes, como norte para a correta aplicação da lei.

Nesse sentido, Marli Martins de Assis⁵, em seu artigo "Relação homoafetiva submetida à regra da inelegibilidade", citando Rodrigo da Cunha Pereira, diz:

A compreensão e aplicação de uma principiologia no Direito Contemporâneo pressupõem a quebra e mudança de uma concepção jurídica preponderantemente positivista e, ainda, que a jurisprudência brasileira passou a aplicar os princípios aos casos concretos, de modo a atribuir ao julgador, de acordo com os parâmetros hermenêuticos e valorativos existentes na sociedade e inscritos na Constituição e com a inevitável interferência da subjetividade na objetividade.

(...)

O Direito de Família está aberto às vicissitudes dos relacionamentos humanos e, como tal, por sua inconstância, não poderá jamais ser alcançado em sua plenitude pelos ordenamentos jurídicos. Daí a grande relevância da Jurisprudência e da doutrina constitucional para que injustiças possam ser atenuadas.

⁵ ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>.

Entendemos que muito ainda pode ser contemplado em nosso ordenamento jurídico, estando o Constituinte cada vez mais aberto aos modelos deflagrados na realidade social. Com o reconhecimento legal das relações homoafetivas, derrubando o mito do casamento entre homem e mulher, teríamos o reconhecimento de direitos outros que ainda persistem à margem em nosso ordenamento, mas já legitimados em ordenamentos de outros países, como é o caso da Lei Espanhola 13/2005 de 1º de julho, que apesar de permeada por princípios religiosos ortodoxos, concebeu o direito a pessoas do mesmo sexo contrair matrimônio, abrindo espaço para o reconhecimento de uma série de outros direitos, em conformidade com os princípios consagrados em sua Constituição.

Também nesse diapasão, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial⁶ nº 889.852 – RS, citando como fundamento de seu voto um aresto do próprio Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.026.981/RJ), assim se expressou:

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 também assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Reconhecida, portanto, a união de um casal homossexual, devem ser conferidos a eles todos os direitos garantidos constitucionalmente a qualquer companheiro, porventura existente, independente da natureza da relação que façam parte.

Andréia Paixão⁷ enumera em seu “blog” alguns direitos garantidos expressamente aos companheiros de união homoafetiva:

1. Seguro DPVAT

SUSEP/ Circular 257/2004, regulamenta o direito do companheiro sobrevivente homossexual à percepção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - Seguro DPVAT.

⁶ REsp 1.026.981/RJ - Relatora Ministra Nancy Andrighi.

⁷ PAIXÃO, Andréia. **Direitos assegurados em sede administrativa**. Disponível em: http://apaixaoespecialista.blogspot.com/2010_05_19_archive.html.

2. Visto de permanência

A Resolução Normativa 77/2008, do Conselho Nacional de Imigração, dispõe sobre os critérios para a concessão de visto permanente ou temporário, ou permanência definitiva, ao companheiro estrangeiro de um brasileiro, sem distinção de sexo.

3. Pensão por morte

O INSS/ Instrução Normativa 25/2000, em decorrência de decisão, no âmbito da Justiça Federal, expediu a referente Instrução estabelecendo a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão para o companheiro homossexual.

4. Doação de órgãos

Na ação civil pública intentada pelo Ministério Público, perante à Justiça Federal de São Paulo, em 29.04.2005, foi deferida liminar determinando à União que considere o companheiro homossexual como legitimado a autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do companheiro morto para transplante.

5. Financiamento habitacional

A Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de São Paulo reviu o conceito de família e, a partir de setembro de 2008, passou a conceder financiamento aos casais homossexuais para a aquisição da casa própria.

6. Condição de dependente

O Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução 39/2007, incluindo o companheiro homossexual como dependente para fins de concessão de benefícios.

7. Nome social

A Secretaria de Estado de Educação do Estado do Pará editou Portaria 16/2008 determinando que as escolas da rede pública aceitem o prenome de estudantes pertencentes aos grupos de LGBTT. A medida entrou em vigor em 02.01.2009.

A Defensoria Pública do mesmo Estado expediu instrução normativa garantindo aos homossexuais o direito de optarem entre o nome social ou o de batismo para registrar qualquer tipo de procedimento.

Também o Estado do Piauí oficializou, a partir de 09.02.2009, o uso do nome social.

8. Cálculo de renda para bolsa de estudos

O Ministério da Educação, em 20.02.2009, emitiu parecer favorável ao pedido apresentado por um funcionário público de Guarulhos-SP, para que fosse considerada no cálculo da renda a relação homoafetiva que mantém com seu companheiro, a fim de garantir o direito a concorrer a uma bolsa do ProUni.

9. Imposto de Renda

O Ministério Público Federal do Piauí, em 17.03.2009, ajuizou Ação Civil Pública na Justiça Federal da 1ª Região, visando assegurar ao contribuinte que mantém união estável homoafetiva o direito de incluir o companheiro como dependente para fins de dedução de Imposto de Renda.

Ao companheiro homossexual devem ser reconhecidos direitos sucessórios, previdenciários, alimentícios e tantos outros que façam parte do rol estabelecido legalmente.

Outro exemplo de que os Tribunais Superiores reconhecem a referida união, citado por Marli Martins de Assis⁸:

O egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do RESP 24564/PA, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, em 01/10/2004, entendeu que "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 Brasileira".

(...)

Ainda que não tenha sido reconhecido o direito da parte de concorrer na eleição, o ganho social foi grande, pois a relação homossexual foi aceita como entidade familiar que, como as demais, merece a especial proteção do Estado. Inegável que foi um importante passo que deu visibilidade a um segmento que, por puro preconceito, é alvo de discriminação e de severa exclusão social.

Resta, portanto, prevaletido no âmbito doutrinário que a união entre homossexuais, embora pendente de regulamentação específica, existe e por isso merece ser tutelada pelo Direito, que fará uso dos métodos de integração apresentados constitucionalmente para solver a lacuna e solucionar o problema, sempre buscando soluções mais justas e coerentes para cada caso concreto.

⁸ ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>.

4 A ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

A discussão a respeito do tema da adoção por casais de homossexuais encontra muitas divergências, já que envolve interesses de menores.

Independente de quem faz o pedido de adoção, os requisitos são muitos para o seu deferimento, justamente porque envolve a colocação de um menor, que não apresenta capacidade plena de eximir suas próprias vontades, em uma família substituta.

Assim, diante da delicadeza do assunto, faz-se necessária a exigência de numerosos requisitos para não ser praticado qualquer ato atentatório aos interesses do principal envolvido: o menor.

A abordagem acerca da união homoafetiva foi feita em um momento anterior, justamente porque ela resvala no tema principal deste estudo, a adoção de menores por casais homossexuais.

Com relação à adoção por casais homossexuais, a discussão é ainda mais acirrada, principalmente, pela polêmica atinente aos assuntos que dizem respeito à tutela dos seus direitos.

Sem o entendimento pacificado a respeito da existência da união “estável” homossexual, torna-se ainda mais difícil a defesa de tais argumentos.

Apesar da grandiosa divergência e das numerosas críticas, ainda existe um posicionamento acertado de que é possível o deferimento do pedido de adoção por estes casais, desde que atendidos os requisitos e analisadas as peculiaridades do caso concreto.

4.1. Aspectos Positivos e Aspectos Negativos

Em geral, toda discussão envolve aspectos positivos e negativos.

O casal homossexual que deseja adotar uma criança deve ter em mente que severas críticas que serão tecidas partirão, muitas vezes, de segmentos respeitados da sociedade, como Entes Religiosos, por exemplo.

Marli Martins de Assis⁹ diz:

⁹ ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>

Discordamos de posições que não só limitam a eficácia do Direito, como também tentam perpetuar um Direito rastreado pelos princípios morais e religiosos, vendo no instituto do casamento a única possibilidade de concepção de vínculos familiares ou mesmo perpetuando um Direito Positivista que nada concebe fora do texto da norma.

Todavia, a sociedade com caráter mais conservador deve saber que as relações evoluem e com isso o pensamento deve tentar, ao máximo, acompanhá-las, na tentativa de não permanecerem obsoletos.

A permissão de adoção de menores por casais homossexuais gera, em um primeiro momento, certa surpresa, certo descontentamento e, algumas vezes, revolta.

Isso acontece pelo fato de que os homossexuais, de uma forma geral, ainda são vítimas de preconceitos ferrenhos.

O preconceito ocorre tanto por causa do comportamento da sociedade, que ainda guarda resquícios conservadoristas, quanto por causa do comportamento dos próprios homossexuais.

O que deve existir é uma equilíbrio entre tais comportamentos, devendo a sociedade se mostrar mais aberta a essas alternativas e o próprio homossexual mais paciente, diante da mudança de pensamento.

No que tange ao tema da adoção, a corrente mais conservadora, que entende pela impossibilidade da mesma, mais uma vez se apega à literalidade da lei.

O diploma normativo que dita as regras atinentes à adoção de menores é o Estatuto da Criança e do Adolescente, e quando o pedido é formulado por casais, ele determina que:

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

§1º: (...)

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

§3º: (...)”

Assim, verifica-se que quando o pedido for feito conjuntamente por duas pessoas, estas devem ser casadas ou conviventes.

A interpretação *ipsis litteris* do referido artigo, acaba, novamente, por amparar a posição de quem argumenta ser impossível a adoção por casais homossexuais, pela própria

impossibilidade jurídica do pedido, já que entre homossexuais não pode haver declaração de união estável, faltando, assim, um requisito para a adoção conjunta.

Além disso, a corrente contrária argumenta no sentido que, como o preconceito social ainda é muito forte, vários reflexos poderiam ser gerados na personalidade desse menor, causando, assim, deficiências graves. Uma criança advinda de uma família homossexual poderia encontrar dificuldades em relacionar-se de maneira normal no ambiente em que vivesse, já que muitas pessoas à sua volta manifestariam repulsa à sua condição familiar e por isso a isolariam do meio natural.

Ainda, nesse sentido, há quem diga que a criança que cresce em lar homossexual pode apresentar problemas de ordem psicológica, já que não saberia ao certo quem seria o pai ou a mãe, podendo vir a ser homossexual futuramente, por causa da referida convivência.

Todavia não parece ser este o pensamento mais adequado. Primeiro porque, eis como visto alhures, não existe elemento restritivo na lei que impossibilite a interpretação da união homoafetiva como se estável fosse, aplicando, por isso, as regras a esta pertinentes.

Ademais, aplica-se no direito privado o princípio da legalidade, de forma que o que não estiver proibido em lei, permitido está.

Desde os primórdios sabe-se que posições extremamente positivistas são combatidas e que *Lex non est textus sed contextus*, ou seja, a lei não é o texto, mas o contexto.

Neste sentido, estudos científicos já revelaram não ser prejudicial aos menores viver em lares compostos por casais homossexuais. A orientação sexual dos pais não interfere na orientação sexual dos filhos, de modo que os filhos de casais homossexuais não tendem a ser homossexuais, pela simples convivência com seus pais. Do contrário não existiriam homossexuais, já que na maioria das vezes, estes vêm de famílias de heterossexuais, composta por um homem, na figura do pai e por uma mulher, na figura da mãe.

Outros estudos revelam, ainda, que a homossexualidade não é um fenômeno social, mas sim genético, em que a pessoa já nasce sendo homossexual e não se torna ao longo da vida. Explicam que existe uma glândula no cérebro que se manifesta de maneira diferente em homens e mulheres, surgindo a partir desta uma explicação para a homossexualidade, no caso masculino. Esclarecem que, no caso de homossexuais do sexo masculino, a atividade dessa glândula é similar às mulheres, refletindo na sexualidade, já que passam a nutrir atração por pessoas do sexo masculino, por causa do odor que estes exalam.

Mas o principal argumento é baseado no benefício gerado para os menores envolvidos. Psicólogos dizem que ser criado por duas mulheres ou dois homens não representa um perigo à formação da personalidade da criança, sendo perfeitamente possível que um menor seja

criado por dois irmãos ou por duas tias, etc. Apesar disso, deve ocorrer a convivência com pessoas de sexo diferente, mas que podem ser com vizinhos, primos, etc.

Aduzem, também, que é muito mais favorável ao menor a ser adotado, independente da orientação sexual dos candidatos a pais, viver em um lar permeado de amor e carinho do que abandonado em orfanatos.

O menor que vive e cresce com o sentimento de que fora abandonado e, por isso, sente uma espécie de rejeição social, tende a se tornar um indivíduo muito mais perigoso do que aquele criado por dois pais ou duas mães. Estes últimos, embora vivam em uma família diferente do padrão, receberão de seus pais as orientações necessárias e provavelmente serão amados e respeitados como se filhos biológicos fossem, porque aqueles pais o desejaram como filho e assim, é de se presumir que darão a ele todo amor, carinho e educação necessários.

Os abrigos e orfanatos não devem ser menosprezados, pois desempenham atividades louváveis, ao acolher crianças rejeitadas por seus pais.

Todavia, não se caracterizam por cultivar relações íntimas, de carinho, com aspectos familiares. Eles existem, acolhem essas crianças, mas não devem ser confundidos com a figura de pais.

Assim, embora tenham recebido um tratamento digno, essas crianças cresceram com uma deficiência de afeto. E isso é muito grave.

Estudos revelam que essa deficiência pode ocasionar nestas crianças problemas de ordem psicológica gravíssimos. Elas podem ser tornar pessoas maldosas e vingativas, de forma que um abandono por parte dos pais ocasiona muito mais do que um trauma sentimental, gera reflexos graves até mesmo no aspecto social.

Por isso, defendem que a adoção por homossexuais, embora fuja da realidade padrão, deve sim ser permitida, justamente porque se atrela ao melhor interesse do menor.

Os argumentos contrários e favoráveis são defendidos com suas respectivas justificativas. Quanto aos favoráveis, têm uma parcela maior de coerência.

4.2. A Discussão

A discussão repousa, justamente, na concessão do pedido da adoção por de homossexuais.

Como explicitado anteriormente, o tema encontra adeptos nas duas vertentes, favoráveis e contrários.

O principal objetivo desse estudo é tentar encontrar uma melhor solução para conflitos como este, ou seja, que não dispõem de adequação típica no ordenamento jurídico brasileiro. É reconhecer que, embora o tema seja lacunoso, mereça ser enfrentado, posto que o Direito deve sempre dar uma resposta quando questionado.

Neste contexto, embora não haja norma permissiva, não há, também, norma proibitiva, porquanto a possibilidade da adoção por casais homossexuais, assim como o reconhecimento e a consequente declaração da união homossexual.

Ocorre que ela não é absoluta, justamente pelo fato de o Direito não se manifestar a seu respeito. Assim, o objetivo aqui não é discutir a necessidade legislativa a respeito do tema, em permitir ou proibir tal adoção. Mas tão somente analisar quando é que o deferimento do pedido se revelará adequado à realidade fática.

4.3. O poder concentrado no magistrado

Nessa perspectiva verifica-se que, com relação à adoção em geral, o grande poder encontra-se nas mãos do magistrado. Será ele quem decidirá a respeito do pedido formulado e, muitas vezes, o futuro de uma criança, escolhendo o lar em que ela permanecerá, teoricamente, pelo resto de sua vida.

Assim, cada vez mais, os magistrados atuantes nessa área devem buscar aperfeiçoar-se no tema, atualizando-se com os novos entendimentos e buscando cada vez mais conhecer qual é a melhor solução na visão de outros ramos, diferentes do jurídico.

Diante de um processo de adoção, o que deve haver é a tentativa de obter o maior número de provas possíveis e o máximo de requisitos preenchidos.

Principalmente nesse tocante repousa a importantíssima observância do Princípio da Identidade Física do Juiz, previsto nos artigos, do capítulo IV – Do Juiz; presente no Título IV - Dos órgãos Judiciários Auxiliares da Justiça, do Código de Processo Civil:

Artigo 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

(...)

Artigo 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias

Assim sendo, conforme determinam estes artigos, o melhor juiz será aquele que estiver em contato com os atos do processo, se atendo ao que estiver descrito, podendo, apesar disso, determinar novas provas ou diligências a fim de instruir e motivar o seu próprio convencimento.

O que, em resumo preocupa, não é a lacuna existente a respeito do tema, mas sim a qualificação dos magistrados que irão decidir estes casos, já que a decisão que influenciará na vida do menor estará em suas mãos.

4.4 A Realidade

Por todo o exposto, a adoção de menores por casais homossexuais é possível, juridicamente falando. O que não quer dizer que esta seja uma determinação absoluta.

A adoção não deve ser negada a um casal simplesmente por sua opção sexual. Deve, no entanto, existir uma intensa avaliação por parte dos órgãos especializados, pois da mesma forma que existem casais heterossexuais desestruturados, também existem casais homossexuais em idêntica situação.

A Adoção, apesar de toda a discussão que gira ao seu redor, com todas as polêmicas advindas de sua concessão, representa uma atitude nobre de quem a pleiteia. Independente de quem seja a parte que faz o pedido da adoção, o importante é analisar se o objetivo primordial do instituto está sendo ou não observado.

Os critérios objetivos são de suma importância, mas a aferição dos sentimentos é essencial nestes casos.

No dizer de Tânia da Silva Pereira ¹⁰:

“Esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a adoção rompe com inúmeros preconceitos e representa a

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. Direito de Família e Novo Código Civil. 4ª Ed. Belo Horizonte, 2005, p. 128.

mais nobre iniciativa daqueles que se propõem assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e dos maus tratos.”

5 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No compasso que perdura o presente trabalho não poderia deixar de ser mencionado o recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual foi reconhecida a possibilidade de um casal de mulheres homossexuais possuir conjuntamente o direito à paternidade e/ou maternidade de menores.

O Superior Tribunal de Justiça, demonstrando um avanço nas concepções sociais e jurídicas, posicionou-se como garantidor da democracia e da dignidade da pessoa humana, num voto histórico, que, certamente, mudará os rumos de muitos segmentos jurídicos no país.

Numa tentativa de afastar o conservadorismo que paira em várias instituições do Poder Judiciário, o Colendo Tribunal negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Gaúcho.

Até então, nenhuma novidade. Afinal, os Tribunais Superiores negam ou concedem provimentos a recursos diariamente. Ocorre que este caso apresentava uma peculiaridade capaz de mudar completamente a natureza comum da decisão.

Foi deferida a adoção de menores para um casal de lésbicas na cidade de Bagé, Rio Grande do Sul.

O caso encontra-se revestido de características que o particularizam, não significando, por isso, que somente por essas características é que o provimento foi de caráter positivo.

A questão envolve pedido de adoção de crianças, por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira, que antes já adotara os mesmos filhos.

O mais interessante aqui é justamente a justificativa usada pelo Relator, Ministro Luis Felipe Salomão ¹¹, no proferimento de seu voto. A todo momento seus argumentos são pautados na defesa do interesse do menor, *verbis*:

“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

¹¹ REsp 889.852 – RS (20006/0209137-4)

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.”

Além disso, o Ministro pauta sua decisão em respostas de estudos científicos que “*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*”.

Cabe ressaltar que o caso em tela possui certas peculiaridades que o particularizam de sobremaneira, de forma que a decisão do Ministro relator mencionou por várias vezes as características do caso concreto.

No caso, as crianças já haviam sido adotadas pela companheira da requerente. Assim, elas já viviam com o casal há algum tempo, a situação da convivência já foi consolidada e a relação familiar já foi formada.

E por isso, como a situação fática da convivência já existe, independente da decisão judicial ser favorável ou não a isso, o pleito formulado veio para assegurar uma proteção posterior, ou seja, quanto aos direitos advindos da filiação, tais como, guarda, visitas, herança, alimentos, pensão previdenciária etc.

O relatório contou, ainda, com a menção ao posicionamento do jurista Caio Mário da Silva Pereira ¹² após a decisão proferida pelo Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:

“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 Júlio 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 de 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

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume V – Direito de Família. Ed. Forense. 2009, p.442.

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 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)”

Nesse sentido, de forma a enriquecer o seu posicionamento, o ilustre Ministro apresentou um amplo discurso acerca da possibilidade da existência de uma união estável homoafetiva, explicitando:

“De fato, em vista das 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”

Todavia, apesar do riquíssimo enredo que permeia a decisão proferida, a maior e mais importante justificativa feita é, sem dúvida, a da proteção do interesse dos menores envolvidos. E nesse sentido o Ministro Relator não poderia ter acertado mais ao dizer:

“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”.

6 DO INTERESSE DO MENOR

Diante de todas as considerações feitas, não pode ser deixada de lado a análise do principal objetivo dessa discussão, qual seja, o interesse do menor envolvido.

O menor é o principal envolvido nesse conflito e por isso os seus interesses devem ser resguardados, com a máxima amplitude possível. É justamente por isso que se coloca nas mãos de um estranho o poder da decisão. Somente uma pessoa livre de qualquer influência poderia decidir da forma mais justa e mais favorável ao menor envolvido.

Há de se entender aqui que, embora não tenha uma opinião no sentido de que se deva permitir ou proibir em todos e quaisquer casos a adoção por casais de homossexuais, defendo que o interesse do menor deve prevalecer sempre, e por isso deve ser sempre elevado à uma categoria distinta de preponderância.

O ordenamento jurídico brasileiro se preocupa tanto com o interesse da criança e do adolescente que tutela seus direitos em um diploma autônomo, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, demonstra uma preocupação diferente com a tutela de seus interesses, de forma que, por não terem a capacidade plena para fazer suas escolhas, o legislador se preocupou em salvaguardar da forma mais ampla possível os seus interesses.

É importante ressaltar que a colocação em família substituta de um menor visa, *a priori*, satisfazer uma necessidade não preenchida da forma natural. O menor a ser adotado deve ser trabalhado com toda a delicadeza possível, já que ele se encontra em uma situação especial, e para que a mesma não gere reflexos em sua própria personalidade futuramente, todo cuidado deve ser tomado, tanto por parte dos setores psicológicos, jurídicos e tantos outros quanto forem necessários.

No caso da adoção por casais de homossexuais, o tema se revela um tanto quanto mais polêmico porque a própria convivência homoparental ainda envolve divergências.

Repete-se que a tutela e a declaração de que uma união entre homossexuais possa caracterizar uma união estável, exatamente nos mesmos termos de uma união estável entre heterossexuais, ainda não está pacificada. Há quem diga que é possível a sua declaração e há quem diga ser impossível, tendo em vista a falta dos elementos “homem” e “mulher”.

Exatamente por isso é que a adoção por casais de homossexuais ainda é um verdadeiro tabu para muitos segmentos e estudiosos.

A princípio, não existe razão para não permitir a adoção por casais, independente de suas orientações sexuais. O interesse do menor estará protegido quando for concedida a ele a

possibilidade de viver em um lar permeado de amor, afeto e carinho, coisas até então privadas em sua existência.

Os setores responsáveis pelo processo de adoção devem se preocupar em analisar qual a melhor forma de suprir essa carência gerada no menor, no intuito de não ensejar reflexos graves e futuros.

Apesar da discussão que gira em torno do presente assunto, a adoção, inclusive por casais homossexuais, revela-se perfeitamente possível, já que, provavelmente, poderão dar ao menor todo carinho de que foi privado um dia.

Se as fontes científicas já revelaram com clareza e segurança que não existem malefícios ao menor envolvido, mas tão somente benefícios, pelo menos a princípio, não há razão para não conceder tal adoção.

Acima de tudo, o que deve ser levado em conta são as conseqüências acarretadas ao menor envolvido, atentando-se para o fato de que a opção sexual dos pais em nada afetará o carinho, o amor e a educação dispensados à criança.

“Os homens precisam de leis, já que sua própria natureza não permite que convivam civilizadamente sem normas regulamentadoras de seus comportamentos. Porém, a lei, quando aplicada sem amor, escraviza o homem, impedindo o alcance do que mais se almeja no Direito, a JUSTIÇA”.

CONCLUSÃO

A partir da análise sucinta, mas um tanto quanto crítica do tema em voga pode-se chegar à conclusão de que, embora o ordenamento jurídico não tutele a adoção por casais homossexuais, essa possibilidade é perfeitamente possível, já que o intérprete se valerá dos métodos de integração fornecidos para solucionar a lacuna existente.

De uma forma geral, não existe, pelo menos a princípio, argumento cabal de que a adoção de menores por casais homossexuais se revela prejudicial a qualquer das partes envolvidas, principalmente o menor. Por isso, *a priori*, não existe óbice ao deferimento do pleito. Todavia, conforme explicado, as características e peculiaridades de cada caso concreto devem ser sopesadas para a obtenção de uma solução mais justa e pacífica.

Assim, o presente estudo insiste na tentativa de demonstrar às pessoas que vivem em sociedade que o deferimento do pedido de adoção por casais homossexuais se revela muito mais benéfico do que prejudicial ao menor envolvido, de forma que a sua possibilidade deve ser considerada e analisada pelo intérprete do Direito, que agirá, levando em consideração a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, do interesse do menor.

ANEXOS

PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

§ 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio comum.

Art. 4º - A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º - O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o § 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º - A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º - O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º - Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10 - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11 - Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16 (...)

§ 3º. Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo nos termos da lei.

Art. 17 (...)

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12 Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14 - São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15 - Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16 - O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18 - Revogam-se as disposições em contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Marli Martins de. Relação homoafetiva submetida à regra de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=545>. Acesso em: 18/11/2010.

ASSIS, Reinaldo Mendes de. **União entre Homossexuais: Aspectos Gerais e Patrimoniais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2432/uniao-entre-homossexuais-aspectos-gerais-e-patrimoniais>. Acesso em: 03/11/2010.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Vade Mecum Compacto, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Compacto, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei 8.069/1990. Vade Mecum Compacto, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei 12.010 – 03/08/2009**. Altera as Leis n. 8069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992, revoga dispositivos da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Vade Mecum Compacto, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Projeto de Lei 1.151/1995**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 24/10/2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Volume 5**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORREIA, Jadson Dias. **União Civil entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/554/uniao-civil-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>. Acesso em: 24/10/2010.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ESTIVALET, Lawrence. STJ e a Adoção por casal Homoafetivo. Disponível em: <http://www.diariopopular.com.br/site/content/noticias/detalhe.php?id=8¬icia=17948>.

Acesso em: 02/11/2010.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAGGI, Lectícia. Psicólogos aprovam Adoção por gays. Disponível em: <http://adocaohomossexualidade.blogspot.com/2010/08/especialistas-falam-sobre-adocao.html>. Acesso em: 15/10/2010.

PAIXÃO, Andréia. **Direitos assegurados em sede administrativa**. Disponível em: http://apaixaoespecialista.blogspot.com/2010_05_19_archive.html. Acesso: 18/11/10

PEDRAS, Alexandre Brígido de Alvarenga. **Adoção e Homossexualidade**. Estado de Minas. Belo Horizonte, 02/08/2010. Direito e Justiça, p.03.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume V – Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 – RS (2006/0209137-4). Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgamento proferido em 27/04/10. Superior Tribunal de Justiça.

SOARES, Cristina Nepomuceno de Sousa. **Os “não” aos casais homossexuais**. Estado de Minas. Belo Horizonte, 20/09/2010. Direito e Justiça, p.08.

VICENTINO, Claudio; DORIGO, Gianpaolo. História para o Ensino Médio – História Geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2001.