

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

GEIZEL LOUZADA PRESTES ZACCA

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS E OS PARADIGMAS
FRENTE À LEI NACIONAL DE ADOÇÃO N°. 12.010/2009**

PORTO ALEGRE

2011

GEIZEL LOUZADA PRESTES ZACCA

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS E OS PARADIGMAS
FRENTE À LEI NACIONAL DE ADOÇÃO N.º. 12.010/2009**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

PORTO ALEGRE

2011

GEIZEL LOUZADA PRESTES ZACCA

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS E OS PARADIGMAS
FRENTE À LEI NACIONAL DE ADOÇÃO Nº. 12.010/2009**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em Porto Alegre, _____ de _____ de 2011

Prof. Marco Fridolin Sommer Santos
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Césio Sandoval Peixoto
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Maurício Jorge D'Augustin Cruz
Universidade Luterana do Brasil - Canoas – ULBRA

Agradeço ao meu marido, por seu amor e por estar sempre comigo nos momentos mais difíceis e desafiantes, com seu companheirismo, estímulo, generosidade, compreensão, paciência, lucidez e perspicácia, dando-me condições de prosseguir e vencer!

RESUMO

O presente trabalho trata da adoção homoafetiva, abordando aspectos gerais da adoção, os novos conceitos de família e os princípios e direitos constitucionais frente aos homossexuais. Tem como objetivo a análise da adoção por casais homoafetivos, dando ênfase para os aspectos jurídicos além de buscar disseminar a prática da adoção, que constitui um verdadeiro ato de amor e solidariedade. O trabalho se desenvolve em três etapas: a primeira esclarece os novos conceitos de família frente aos avanços sociais; a segunda aborda a questão da adoção mostrando a evolução histórica e, também, a relação jurídica e legal deste instituto; já, a última etapa é uma análise da possibilidade da adoção por casais homoafetivos, abordando elementos e garantias constitucionais, além de uma breve discussão jurídica e psicológica sobre a homossexualidade. A adoção homoafetiva é mais um caso em que se busca regularização, pois no Brasil, em virtude do preconceito e de tudo de ruim que ele possa oferecer, faz com que milhares de crianças estejam institucionalizadas, sonhando com o direito de ter uma família e ser amadas e respeitadas. E, através do estudo realizado, observa-se que mesmo diante dessa dura e cruel realidade, a lei se torna omissa, pois não proíbe, mas também não admite, de forma expressa, a adoção por casais homoafetivos.

Palavras-chave: Adoção. Homoafetividade. Família. Crianças. Adolescentes. Direito.

ABSTRACT

This paper addresses adoption by homoaffective pairs, approaching general aspects of adoption, new concepts of family and the constitutional principles and rights for homosexuals. Its aim is to analyze adoption of children by homoaffective pairs, emphasizing legal aspects, besides attempting to disseminate the practice of adoption as genuine act of love and solidarity. This work unfolds over three stages: the first one explains the new concepts of family regarding social advancement; the second stage addresses the issue of adoption and shows the historical evolution besides legal and juridical relation of this institution; the last phase is an analysis of the possibility of adoption by homoaffective pairs, in which are addressed elements and constitutional guarantees, and a brief discussion on legal and psychological aspects about homosexuality. Somehow, adoption by homoaffective pairs is another case at which regularization is aimed, as in Brazil, due to prejudice and all bad things that derive from it, thousands of children are institutionalized expecting for the right of having a family and being loved and respected. Throughout the study it is observed that despite of facing such harsh and cruel reality Law is omitted as it neither prohibits nor explicitly admits adoption of children by homoaffective pairs.

Keywords: Adoption. Homo affectivity . Family. Children. Adolescents. Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....	9
2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO.....	9
2.2 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	14
2.3 MODELOS DE FAMÍLIA	18
2.3.1 <i>Famílias Constituídas pelo Casamento</i>	18
2.3.2 <i>Famílias Monoparentais</i>	20
2.3.3 <i>Famílias de Uniões Estáveis</i>	22
2.3.4 <i>Uniões Homoafetivas</i>	25
2.3.5 <i>Famílias Simultâneas ou Uniões Estáveis Paralelas</i>	27
2.3.6 <i>Família Anaparental</i>	30
2.3.7 <i>Família Eudemonista</i>	31
3 ADOÇÃO.....	32
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO	32
3.2 ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	35
3.3 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO	39
3.3.1 <i>Do Princípio da Prioridade Absoluta</i>	39
3.3.2 <i>Do Princípio do Superior Interesse da Criança</i>	41
3.4 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NOS TERMOS DA LEI N° 12.010/2009	43
4 ADOÇÃO HOMOAFETIVA	49
4.1 BREVE ESTUDO DO PRECONCEITO EM RELAÇÃO À HOMOAFETIVIDADE	49
4.2 ASPECTOS PSICOSSOCIAIS À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	54
4.3 DA POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	57
4.4 CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	63
5 CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva lançar à luz o novo paradigma da adoção – o amor, em vez da prole – como base para a formação de uma família. Primeiramente serão discorridos o conceito de família, sua evolução histórica e os tipos existentes conforme ordenamento jurídico brasileiro. Logo a seguir, será analisado o instituto da adoção nos moldes da Lei nº 12.010/2009, onde será explicitada a evolução histórica da adoção, bem como seus aspectos jurídicos e burocráticos. E, para finalizar, o tema da pesquisa “a possibilidade de adoção por casais homoafetivos”, capítulo em que serão abordados aspectos jurídicos, psicológicos e sociais da adoção por casais homoafetivos.

Os antigos modelos familiares baseavam-se no poder, hierarquia e individualismo, que negavam a plena atenção devida à dignidade humana e discriminava e desamparava as denominadas famílias e filiações ilegítimas. Eram fundamentadas apenas em laços de consanguinidade, e matrimônio.

Ao longo do tempo, incontestavelmente percebe-se um processo de ruptura com o passado cuja filosofia vai se diluindo na medida em que as famílias vêm fundamentando suas transformações baseando-se no amor, na afetividade e na afinidade, deixando para trás normas legais preconceituosas, e vão tomando novas configurações. A família contemporânea traz mais veracidade em sua essência, o afeto e o respeito mútuo tomam o lugar do antigo paradigma. Por sua vez, as questões de adoção, conforme a evolução da família, devem também evoluir.

Ao falar-se em adoção, observem-se os novos conceitos e modelos de família cada vez mais diversificados. São novas estruturas que surgem em função do dinamismo e das mudanças sociais. Dessa forma, a família monoparental, a formada apenas por irmãos, por primos, por tios e sobrinhos, demonstra que uma vez havendo afeto e amor, merecem ser reconhecidas como família, pois cumprem a sua função social.

A constituição de um núcleo familiar se dá pelo fato de duas pessoas compartilharem suas vidas, assistirem-se mutuamente em um ambiente de recíproco amor e respeito, não obstante serem, estas pessoas, do mesmo gênero. Assim, não há obstáculos que impeçam o casal homoafetivo do direito de adoção.

Portanto se faz importante enfatizar que o Direito deve, de forma dinâmica, acompanhar as constantes modificações da evolução da sociedade; o Direito não pode ficar à espera da lei. Portanto, almeja-se que se o fato social se antepuser ao fato jurídico e a

jurisprudência anteceder à lei, obstáculos, como o preconceito, sejam ignorados e vencidos por parte dos operadores do direito, para que a justiça venha a cumprir seu papel. Lamenta-se, no entanto, conforme expõe Jamil Andraus Hanna Bannura, que o congresso realizado para o advento da Lei 12.010/2009 perdeu a oportunidade de regular as adoções por casais homossexuais, fato que se apresenta como realidade inevitável e que traduz a própria evolução da sociedade pós-moderna, como, aliás, já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado do RS em ação examinada em 2006.

A instituição da adoção foi concebida somente com o objetivo de suprir a carência do casal infértil de ter filhos, mas não com o intuito de dar uma família a uma criança abandonada. Hoje, com outra perspectiva, a adoção é uma maneira de se assegurar o respeito ao interesse superior da criança, sendo um direito fundamental indispensável que garante a todo indivíduo poder crescer em um ambiente familiar adequado e usufruir de um convívio comunitário e social.

Assim, busca-se no presente trabalho demonstrar que o fato de o casal ser homoafetivo não deve ser impedimento de ter seu pedido de adoção deferido. O importante será averiguar as condições e disponibilidades morais e psíquicas do adotante em dar amor, carinho e afeto.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO

A derivação etimológica da família advém do latim *famulia*, que deriva de *famulus* (escravo), vocábulo, por sua vez, originado do osco *famel* (servo), e do sânscrito *vama* (lugar ou habitação). Em Pontes de Miranda, a família romana compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de filha: *loco filiae*. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil (*agnatio*).¹

Assim, nos primórdios das civilizações, a família era considerada:

[...] uma instituição que tinha essencialmente bases religiosas, era uma pequena sociedade com seu chefe e seu governo. O pai, homem forte que protegia o grupo familiar, detinha a autoridade de fazer-se obedecer. Era o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avós, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração².

Na família romana observa-se que o tipo patriarcal constituiu o auge do despotismo do varão; o filho é estranho à família de origem da mãe. Observa-se assim que na base do pensamento romano, a própria mãe e o filho somente foram considerados parentes porque ela se achava sob o poder do pai. Dessa forma, a mulher era considerada *loco filiae*, em relação ao pai do marido.³

No período histórico do principado em Roma, o jurisconsulto Ulpiano (170 a 228 d.C.) expressava a noção de família da época:

Em sentido lato, chamamos família a todos os ágnatos (parentes por linha masculina), pois, ainda que falecido o pai de família, cada um possui família própria; sem embargo todos os que estiverem sob a potestade de uma só pessoa serão com razão consideradas da mesma família, pois nasceram na mesma casa e linhagem.⁴

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 58.

² LEITE, Heloísa Maria Daltro. *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 4, p. 283.

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 58.

⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 12.

É preciso observar que a família romana clássica, como explica Gilisen⁵, é de tipo patriarcal:

O pai de família (*pater familias*), enquanto vive, é o chefe de todos os seus descendentes (*liberi*). Só ele é *sui iuris* por oposição aos seus descendentes, que apenas são *alieni iuris*. Goza, relativamente a estes, de um poder mais ou menos ilimitado (*potestas vitae necisque*: poder de vida e de morte). É nas suas mãos que se concentram todos os direitos e todos os bens de família. Deve ser ressaltado que este direito não perdurou por muito tempo e raramente foi utilizado.

A família brasileira contemporânea teve como antecedente o modelo dessa estrutura familiar proveniente da civilização romana, na qual o *pater familias* detinha o papel de senhor, sacerdote e magistrado. Sendo que os membros da primitiva família romana, incluindo os escravos, estavam sob a autoridade e o poder do *pater*. Era o titular de todos os bens da família. A comunidade familiar ocidental viveu longo período sob a forma patriarcal.⁶

Clóvis Beviláqua⁷ define família como:

[...]um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restrita, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

No que toca à evolução do instituto familiar, Belmiro Welter⁸ “retrata o fenômeno apresentando teorias antagônicas de que os primeiros grupos familiares teriam sido por um lado matriarcais, e de outro, patriarcais, comparando a influência e os estágios de evolução do ser humano e da interação entre homens e mulheres.”

Observa-se que tanto no Brasil quanto em outros países europeus ocidentais a influência romana subsistiu até o século passado. Com relação a esse assunto, Belmiro Pedro Welter⁹ expõe que atualmente “[...] nestes países, foram reconhecidas como unidades familiares nucleares, pós-nucleares, monoparentais, eudemonistas ou socioafetivas, valorizando laços de afeto e sentimento de solidariedade, diferentemente de outros países e do resto da coletividade.”

Para Paulo Nader¹⁰ “[...] família é uma instituição social composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos

⁵ GILISEN, John. *Introdução histórica do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 614.

⁶ LEITE, Heloísa Maria Daltro. *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 4, p. 284.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1952. p. 357.

⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no código civil*. Porto Alegre: Síntese, c2003. p. 18.

⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no código civil*. Porto Alegre: Síntese, c2003. p. 23.

¹⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 3.

planos assistenciais e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra de um tronco comum”.

A organização familiar, de certa forma, está sendo sempre vinculada à mudança, sendo assim, ao conceituar o instituto familiar, torna-se necessário observar o contexto histórico e o processo de mudanças e transformações das relações e laços de convivência e solidariedade.

A nova denominação – Poder Familiar – acolhida pelo Código Civil, traduziu a necessidade de atualização da ultrapassada expressão “Pátrio Poder”, originária do direito romano.

Se antes já era condenável, agora é insustentável. Diante da posição legal de igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, não deve manter-se designação que tradicionalmente indica superioridade do pai. Mais do que a denominação autoridade parental, porém, parece preferível, por sua amplitude e identificação com a entidade formada por pais e filhos, a locução poder familiar, constante das ponderações do professor Miguel Reale. É, também, de mais fácil compreensão pelas pessoas em geral.¹¹

No Brasil, especialmente por influência religiosa, vigorou até a promulgação da Constituição Federal de 1988 um conceito de família tradicional e hierárquica, centrada exclusivamente no casamento. De certa forma, o Código Civil de 1916 não considerava as uniões extraconjugais nem os filhos nascidos fora do matrimônio, sendo estes considerados ilegítimos. O reconhecimento de certos direitos e garantias, tanto da companheira quanto dos filhos denominados ilegítimos, se processou no âmbito jurisprudencial e sob a pressão dos fatos sociais e da crítica doutrinária.¹²

Ainda, modernamente há multiplicidade de conceitos da expressão “família”. Na visão de Pontes de Miranda,

[...] ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra.¹³

Assim, do ponto de vista do direito, a família pode ser constituída através de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Com relação aos vínculos, estes podem coexistir ou existir separadamente, que são: os vínculos de sangue, de direito e de afetividade. A partir dos vínculos familiares é que serão moldados e estruturados os diversos

¹¹ Emenda Modificativa nº 26 do Relatório Preliminar do Deputado Federal Ricardo Fiúza.

¹² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 15.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 59.

grupos que a integram: grupo marital, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).¹⁴

Indubitavelmente, os valores e as motivações que influenciaram a elaboração do Código Civil de 1916, com a legitimidade da família e dos filhos fundada no casamento, vão tornando-se ultrapassados, dando lugar a novos valores e conceitos, em que surgem como elemento de maior relevância a igualdade e a afetividade.¹⁵ Assim escreve Silvana Carbonera,¹⁶ “[...] os operadores do direito, com os olhos voltados para o sujeito, começam a agregar outros elementos àqueles já relacionados à clássica noção jurídica de família, indicando que, em alguns casos, somente a formalidade do vínculo é insuficiente”.

A lei nunca se preocupou em definir a família, limitava-se a identificá-la com o casamento. Na visão da doutrinadora Maria Berenice Dias,

[...] esta omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que leva à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (Lei Maria da Penha 11.340/2006, artigo 5º, inciso III)¹⁷ qualquer relação de afeto.¹⁸ O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família.¹⁹

Mesmo diante das mudanças em torno do instituto familiar, o modelo de família nuclear permanece dominante, já não há um único modelo ocidental de família, uma vez que o plural se impõe e essa pluralidade enseja o exercício de igualar e diferenciar, em diversos momentos, o homem e a mulher, levando em conta as peculiaridades e os conflitos existentes no núcleo familiar.²⁰

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL’ OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 75.

¹⁶ CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 277.

¹⁷ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

²⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 263.

A estrutura da sociedade brasileira dos últimos anos demonstra que o reconhecimento da pluralidade das formas de constituir a família é uma realidade que tende a se expandir pelo amplo processo de transformação global. Sendo assim, essas mudanças refletem na forma de tratamento das relações e interações interindividuais. O reconhecimento de direitos constitucionais à igualdade, ao respeito, à liberdade e à intimidade de homens e mulheres assegura a todo cidadão o direito de constituir vínculos familiares e de manter relações afetivas, sem qualquer preconceito.

Além disso, nas palavras de Maria Cláudia Crespo Brauner,

[...] a pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de relação merecem, igualmente, a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade que vem personificar a sociedade pós-moderna.²¹

É importante mencionar que são várias as possibilidades de formação familiar, o que evidencia a crise da tradicional família patriarcal e o surgimento de novas entidades familiares sendo algumas, ainda ignoradas pelo Estado, cada vez mais frequentes e aceitas pela sociedade neste início de século XXI.

Nesse contexto, o Direito de Família vem sofrendo importantes transformações. Entre elas o Código Civil de 2002, que modificou o Direito de Família colocando-o em consonância com a Constituição Federal, embora tenha deixado muitas lacunas e divergências, permitindo várias interpretações²².

Neste cotejo, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei 2.285/07 – Estatuto das Famílias – elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e apresentado ao Congresso Nacional. Sem dúvida, o Estatuto das Famílias servirá como base para sanar os defeitos e omissões do Código Civil brasileiro, até porque revoga toda a parte de matéria de família tratada na codificação²³.

Evidentemente, o tema central do Estatuto da Família é o reconhecimento das inúmeras formas de entidades familiares existentes em nossa realidade. Assim, nas disposições gerais, este estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das entidades familiares. Além disso, garante de forma expressa que o direito à família é direito

²¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 258.

²² BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 215.

²³ ESTATUTO das famílias: projeto de lei nº 2285/2007. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2008.

fundamental de todo cidadão. Além dessas mudanças, elege os princípios fundamentais para a interpretação e aplicação: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade²⁴.

2.2 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Tendo em vista a família como instituição social, cabe considerar a análise desenvolvida por Ana Carolina Godoy Tercioti, que teve como tema de sua obra famílias monoparentais:

[...] é uma entidade anterior ao Estado, anterior à própria religião e também anterior ao Direito que hoje a regulamenta, e que resistiu a todas as transformações que sofreu a humanidade, que de ordem consuetudinária, econômica, social, científica ou cultural, sobrevivendo praticamente incólume, desde os idos tempos, quando passou a existir na sua estrutura mais simples, certamente de forma involuntária e material, seguindo, paulatinamente, na sua primordial função natural de conservação da espécie humana.²⁵

Arnoldo Wald explica que “pelo fato do Brasil ter sido colonizado pelos portugueses, este foi fundado mediante preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, o que se refletia no direito vigente no país, as Ordenações Filipinas, de 1595”²⁶. Sendo o casamento a única entidade familiar reconhecida pelas Ordenações Filipinas, que somente poderia se dar de forma solene realizado diante dos preceitos da igreja católica; e de outro lado, o casamento decorrente de trato público e da fama, identificado como “casamento com marido conhecido”, não reconhecido pelo direito canônico.

Durante o período imperial, apenas o casamento foi considerado entidade familiar juridicamente reconhecida, sendo, aliás, estendido aos não católicos, reconhecendo-se em 1861 como casamento civil as demais uniões religiosas.²⁷

Nesse sentido, Erica Harumi Fugie busca uma definição mais precisa do histórico do casamento e das entidades familiares no Código Civil de 1916:

²⁴ ESTATUTO das famílias: projeto de lei nº 2285/2007. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2008.

²⁵ TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famílias monoparentais*. Campinas: Millennium, 2011. p. 3.

²⁶ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

²⁷ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20.

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais.²⁸

No Brasil, desde a primeira Constituição Social de 1934 até a Constituição de 1988, a família tem sido a destinatária de normas que buscam tutelar direitos e assegurar a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-se no contexto da modernidade.²⁹ Através dessa notável influência do Estado na família é que se cogitou a substituição da autoridade paterna pela estatal. O Estado social assumiria também a função paterna.³⁰

Na visão do civilista José Carlos Teixeira Giorgis, a Carta de 1934, impregnada de influxos sociais, encarregou ao Estado a obrigações de:

[...] socorrer as famílias de prole numerosa, estimou a indissolubilidade do casamento, salvo desquite ou anulação, que continuava civil e gratuito, embora aceitando os efeitos do conúbio religioso, recomendou exame de sanidade física e mental para os nubentes e ordenou a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais, garantias que foram repetidas na Constituição de 1937, com acréscimo da igualdade entre filhos naturais e legítimos e proteção da infância e da juventude pelo Estado.³¹

Certamente, as constituições brasileiras de 1824 e 1891 marcadamente liberais e individualistas, demonstraram a ruptura do instituto familiar ocorrido no trânsito de Estado liberal para o Estado social. Ficando evidentes as fases e as mudanças ocorridas nas relações familiares, antes não tuteladas.³² A família patriarcal que a legislação civil tomou como modelo ao longo do século XX, entrou em crise. Nesse sentido cumpre salientar:

[...] culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico.³³

²⁸ FUGIE, Erica Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 15, p. 133, out./dez. 2002.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.103.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 103.

³¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 15.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 104.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO,

Indubitavelmente importante é ressaltar que a Constituição de 1988 representou uma mudança paradoxal com a nova conceituação do instituto familiar. Tanto para efeitos da proteção do Estado, quanto na necessidade da família ser vista e aceita de forma mais ampla, por sua origem do Direito Natural, com reflexos nos âmbitos civil e penal.³⁴

Outrossim, cumpre ressaltar que ao mesmo tempo em que a nova Constituição manteve normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tais como garantia de gratuidade do casamento e a garantia de efeitos civis ao casamento religioso, buscou, também, inovar ao reconhecer a união estável como entidade familiar, ao igualar direitos ao homem e à mulher na união conjugal e ao vedar quaisquer diferenças de direitos, dentre eles impedir o tratamento discriminatório entre os filhos havidos na constância do casamento, fora dele ou por adoção.³⁵

Para José Carlos Teixeira Giorgis, a Constituição de 1988 assentou-se na defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais, entre eles:

A igualdade de direitos entre o homem e a mulher (CF, artigo 5º e I)³⁶, a vedação de qualquer preconceito (CF, art 3º, IV)³⁷ e que os direitos referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por um e outro (CF, artigo 226, §5º)³⁸, regra que deriva do Direito Natural e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, prerrogativas que, historicamente, foram antecedidas pela edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62).³⁹

Evidentemente, a Constituição de 1988 seguida do Código Civil de 2002 ampliou o núcleo familiar, tratando de forma igualitária os filhos, cônjuges e parceiros, além de proteger outras formas de união que foram favorecidas com a possibilidade do divórcio. De acordo com Giorgis:

Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 100.

³⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 16.

³⁵ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24-25.

³⁶ Art. 5º 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;

³⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

³⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 16.

[...] não se falou mais em filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, clandestinos ou incestuosos, nomes que tinham vezo preconceituoso, etapa que veio a ser completada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que declarou o estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo o reconhecimento do filho havido fora do casamento ser feito através de procedimento voluntário (registro, testamento, escritura pública, documento particular, declaração no processo), administrativo (indicação do suposto pai pela mãe, no registro), ou judicial (investigação de paternidade), pretendendo-se, em resguardo à Justiça, o esplendor da verdade a seus componentes e fortalecimento da própria sociedade.⁴⁰

Atualmente, a razão de ser da família não se limita “[...] à propagação da espécie, à permanência da raça e à educação dos filhos, com preconizava Luis Jossierand na metade do século passado. O que dá corpo à instituição, fundamentalmente, é a comunhão de interesses”.⁴¹

Deve ficar claro dessas definições, que as transformações na concepção de família mencionadas no texto constitucional, calcadas em princípios e direitos fundamentais os quais se impõem aos interesses particulares, preveem a constitucionalização do direito civil, garantindo maior efetividade e eficácia com o advento do Código Civil de 2002.⁴²

Para finalizar, procedeu ao legislador alargar o conceito de família evidenciado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora dos preceitos do casamento. Sendo assim, na concepção de Maria Berenice Dias,

[...] afastou-se da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. Na Constituição atual, não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (Constituição Federal de 1967-1969, artigo 175),⁴³ sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família.⁴⁴

⁴⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 20.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL’ OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 100.

⁴³ Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 193.

2.3 MODELOS DE FAMÍLIA

2.3.1 Famílias Constituídas pelo Casamento

Durante muito tempo na história, principalmente no decorrer da Idade Média, a nobreza cultuava o casamento sagrado como um dogma da religião doméstica. É sabido que o Catolicismo condenara e, ainda, condena as uniões livres, instituiu o casamento como sacramento, deixando de considerar a união espiritual entre os nubentes, e o cercou de solenidades perante a autoridade religiosa.⁴⁵ Destaca, o doutrinador Silvio de Salvo Venosa, “que o casamento, tal como o conhecemos, somente se estrutura na História quando o homem atinge determinado grau de cultura. Aliás, a família preexiste à estruturação jurídica”.⁴⁶

Nesse sentido, o direito canônico, ou sob inspiração canônica, acabou regulando a estrutura familiar até o século XVIII, inclusive servindo de inspiração para as leis civis que se seguiram, uma vez que não era um direito civil na concepção técnica do termo. Assim, ressalta Silvio de Salvo Venosa:

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido.⁴⁷

Assim, observa-se que, até a década de 1979, a única fórmula admitida moral e socialmente por lei para a formação da sociedade doméstica era o casamento sacramentado pela Igreja Católica. Já, as demais uniões eram consideradas ilegítimas, uma vez que o Direito Canônico influenciava amplamente o Direito de Família do mundo ocidental durante muitos séculos, não se dissociando das ideias de matrimônio e família.⁴⁸

Como exposto anteriormente, até a entrada em vigor da atual Constituição, através do matrimônio era a única forma admissível de se constituir família. Como passo evolutivo, o constituinte de 1988 concede especial proteção a diversificadas entidades familiares.⁴⁹

Na visão de Maria Cláudia Crespo Brauner⁵⁰, “[...] o afeto passa a ter relevância para o Direito e transforma-se em um elemento importante tanto para a continuação, quanto para o

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 21.

⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 25.

⁴⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 26.

⁴⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 49.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43.

desfazimento das relações conjugais, quanto fraturado o vínculo afetivo.” Observa-se, dessa forma, que dando ênfase ao afeto na busca das realizações individuais, as rupturas das relações conjugais foram sendo menos dramatizadas, não mais fundadas na culpa, mas, ao contrário, evidenciando a noção de ruptura do vínculo afetivo. Considerou-se dessa forma, que o importante para a manutenção do matrimônio, sob o aspecto legal, são valores baseados no respeito, no esforço comum em defender e manter os interesses familiares, a doação recíproca, que depende da cumplicidade e da solidariedade do casal.⁵¹

Paulo Nader, em sentido mais normativo, afirma que o casamento é negócio jurídico bilateral, demonstrando que:

[...] tem-se em mira o ato gerador do vínculo, e ao se identificar o casamento como *comunhão material e espiritual* objeto considerado é o estado familiar. Como todo negócio jurídico o casamento é ato de vontade formalizado segundo o esquema da lei. Faticamente a família pode instituir-se independentemente do casamento, sem a intervenção do Estado, optando ou não o casal por uma cerimônia religiosa.⁵²

Por outro lado, na visão de Silvio de Salvo Venosa:⁵³

[...] para que exista casamento válido e eficaz é necessário que se reúnam pressupostos de fundo e de forma. A diversidade de sexo é fundamental para sua existência, bem como o consentimento, ou seja, a manifestação de vontade. A ausência desses pressupostos induz à inexistência do ato, cujas consequências são as de nulidade em nosso sistema.

Assim, o matrimônio tem como fundamento um ato de vontade que se traduz por meio do consentimento dos nubentes, comprometendo-se publicamente um com o outro. A cerimônia que compõe o rito nupcial tem simbolismo e adquire caráter público, uma vez que o comprometimento dos cônjuges se define pelo estabelecimento de uma sociedade conjugal e pelo respeito aos direitos e deveres recíprocos, que vinculam os cônjuges, a partir do matrimônio.⁵⁴

Além do mais, um dos propósitos do casamento, não o único, é a formação da prole; porém, existem uniões sem filhos e mesmo assim se constituem em uma união conjugal. A reprodução faz parte da ordem natural do matrimônio; daí não ser razoável que um dos

⁵⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 263.

⁵¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 49.

⁵² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 46.

⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 23.

⁵⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 262.

cônjuges se negue a realizá-la em caráter definitivo, ressalvada a hipótese de haver risco para a saúde da mulher.⁵⁵

A casual quebra do afeto mútuo retira o significado da união que, muitas vezes, é acompanhada de um sentimento de culpa ou fracasso. Para a doutrinadora Maria Cláudia Crespo Brauner:

[...] depreende-se dos novos princípios que o casamento não está em decadência, mas simplesmente transformou-se e fortaleceu-se como uma comunidade afetiva vocacionada ao crescimento individual e do grupo familiar. As relações na família matrimonializada tornaram-se mais autênticas, embora possam apresentar a tendência de serem mais efêmeras, haja vista o incremento das separações e dos divórcios.⁵⁶

Por fim, sob o prisma social e legal, a entidade familiar não tem amparo exclusivo no casamento. A nova família estrutura-se independentemente das bodas. Em poucas décadas, os modelos familiares foram diametralmente alterados, ficaram para o passado conceitos baseados em princípios retrógrados e distantes da nova realidade como o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e a ausência de proteção aos filhos naturais.⁵⁷

2.3.2 Famílias Monoparentais

A família monoparental tem sua origem a partir da família moderna, quando passou a não existir o interesse ou a renúncia de viver maritalmente e ter filhos, mas sim, o retardamento em oficializar esta aliança. Certamente, o fato é que esta entidade familiar pode se originar de diversos fatores e compreende, apenas, um dos genitores e seus descendentes. Assim, a comunidade passa a defrontar-se com a presença de famílias biparentais e monoparentais, lado a lado, no dia-a-dia.⁵⁸

⁵⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 48.

⁵⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 262.

⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 23.

⁵⁸ SANTOS, Jonábio Barbosa; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, DF, v. 10, n. 92, p. 01-30, out./2008/jan./2009. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-1-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2011-01-13.0443799902>. Acesso em: 18 fev. 2011.

Para Maria Cláudia Crespo Brauner⁵⁹, dentre as diversas manifestações de vida familiar, a família monoparental caracteriza-se por:

[...] ser constituída por apenas um dos pais e seu(s) filho(s). Normalmente as famílias monoparentais envolvem a relação pós-separação, divórcio ou viuvez, quando um dos genitores exerce isoladamente a guarda e criação do filho, ou também, referem-se à relação de maternidade celibatária (voluntária ou involuntária), podendo ser uma filiação biológica ou afetiva (no caso de doação).

A Constituição Federal, ao alargar o conceito de família, elencou como entidade familiar uma realidade que não mais podia deixar de ser arrostada (CF artigo 226, § 4º)⁶⁰: a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁶¹ Por outro lado, na visão de Eduardo de Oliveira Leite:

[...] monoparentalidade sempre existiu, se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas, porém só se impôs com fenômeno social nas três últimas décadas, com maior intensidade nos últimos 20 anos, período em que se constata o maior número de divórcios (uma das causas geradoras do fenômeno).⁶²

Infelizmente, observou-se, durante muitos anos, o fato de que a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal do projeto de vida conjugal, e as pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal. Porém, o que antes era vivido como uma obrigação, atualmente, mostra-se como uma opção livre e consciente.

Incontestavelmente, cabe expor de forma crítica o fenômeno da monoparentalidade como um rompimento com os dogmas do passado, na visão Jonábio Barbosa Santos e Maria Berenice Dias:

[...] este fenômeno não é novo no Ocidente, pois sempre existiram pessoas que criaram e educaram seu filhos sozinhas, no entanto, a partir dos anos 60, ocorreu um aumento considerável de divórcios e este tipo familiar saltou aos olhos da sociedade.⁶³ Os fatores decorrentes do fenômeno da monoparentalidade cada vez

⁵⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 271.

⁶⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e de mães separados, e de filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

⁶³ SANTOS, Jonábio Barbosa; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista Jurídica*,

mais se mostram como decisão de um dos membros da família, que na ruptura da vida matrimonial, quer na opção por uma forma de união livre, quer na decisão de ter um filho sozinho.⁶⁴

Atualmente, o alongamento da esperança de vida também modificou as relações e o diagrama de valores entre as gerações. Destaca, Ana Carolina Godoy Tercioti, que:

A longevidade dos pais e dos avós cria uma rede de relações familiares muito mais complexa e dinâmica do que se poderia imaginar no início do século. Devido à intensa dificuldade econômica, a geração mais velha passou a fornecer apoio efetivo e permanente à nova geração, de modo que a coabitação, o divórcio, os nascimentos extraconjugais, deixaram de ser condutas criticáveis, e se integraram no processo das relações familiares.⁶⁵

Por outro lado, a família monoparental, em virtude da possibilidade da reconstrução familiar, pode vir a tornar-se uma família biparental, no momento em que o pai ou a mãe venham a reconstruir uma união afetiva estável. Dessa maneira, verifica-se a formação de uma nova sociedade familiar, que se pode denominar de família constituída ou sequencial.⁶⁶

2.3.3 Famílias de Uniões Estáveis

A inclusão das uniões de fato no ordenamento jurídico brasileiro corrobora para a aceitação de outras realidades esquecidas e confinadas devido à negação e ao preconceito existente no meio social.⁶⁷

Na concepção de Jorge Franklin Alves Felipe, não se deve confundir o casamento e a união estável:

O casamento se concretiza quando os interessados formalizam perante a autoridade prevista na legislação a sua união. Após assinarem os papéis estão casados. A união estável é bem diferente. Geralmente, ela não começa com

Brasília, DF, v. 10, n. 92, p. 01-30, out./2008/jan./2009. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-1-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2011-01-13.0443799902>. Acesso em: 18 fev. 2011.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

⁶⁵ TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famílias monoparentais*. Campinas: Millennium, 2011. p. 64.

⁶⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 273.

⁶⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 265.

papel escrito. Pode ocorrer, entretanto, que os interessados formulem um contrato de convivência logo ao início da união. Mas o que caracteriza e comprova a união estável não é esse papel assinado pelos interessados. Nesse caso, não se exige lapso temporal predeterminado, bem como não são indispensáveis à convivência sob o mesmo teto e nem a existência de prole comum. É a convivência em si, contínua, pública e duradoura, com o propósito de constituição de família. O verdadeiro casamento deveria como regra amparar uma autêntica união estável.⁶⁸

Assim a união estável já existe, evidentemente, há longa data, valendo lembrar que as Ordenações Filipinas já concediam meação à companheira, pelo simples fato da convivência *more uxore* quando, “[...] em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo que, segundo o direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras do presente [...]”⁶⁹

O termo “união estável” foi acolhido pela Constituição Federal de 1988 substituindo o sentido preconceituoso de significado pejorativo e moralizador da expressão concubinato. Tal designação atribuía à mulher a denominação de concubina, num significado de relação ilegal e até mesmo imoral perante a sociedade.⁷⁰

Ressalta-se, mais uma vez, que assim como para o casamento, o conceito de união livre ou concubinato também é instável. Tanto que, na concepção do civilista Sílvio de Salvo Venosa, importa analisar seus elementos constitutivos:

A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira. Na união estável do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas *more uxório*, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adúltera.⁷¹ Sendo assim, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos. Para fugir à conotação depreciativa que o concubinato teve no passado, com frequência, a lei, a doutrina e a jurisprudência já não se referiam a concubinos, mas a companheiros.⁷²

⁶⁸ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Relacionamentos afetivos nos direitos civil e previdenciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 11.

⁶⁹ CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 390.

⁷⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 265.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 55.

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 55

No entanto, mesmo com o reconhecimento constitucional, a acessão da união estável enquanto entidade familiar ainda sofre resistência e gera divergências marcantes e presentes, tanto na manifestação doutrinária, quanto do ponto de vista jurisprudencial.⁷³

Maria Cláudia Crespo Brauner em sua obra dedica passagem justamente à análise de que, em determinadas situações, a união estável torna-se uma imposição; visto que, mesmo o casamento civil sendo gratuito, na prática, continua onerando as partes.

Como modo alternativo ao casamento, a família formada pela união estável ocupa, igualmente, um grande espaço no palco da vida familiar brasileira. Portanto, esta relação não rivaliza com o casamento e nem sempre é fruto de uma opção livre do casal. Ela pode vir a ser uma contingência que atinge muitas pessoas economicamente desfavorecidas, tendo em vista que a gratuidade dos casamentos civis, embora prevista constitucionalmente e incluída em disposição do novo Código Civil,⁷⁴ na prática, não só continua onerando os contratantes em virtude da necessidade de publicação de editais, e ainda, lamentavelmente, submete o indivíduo à declaração de pobreza, situação humilhante e discriminatória.⁷⁵

Certamente, não se deve confundir união estável e sociedade de fato, na visão de Jorge Franklin Alves Felipe⁷⁶ :

Quando se fala em união estável estamos cogitando de uma instituição familiar. Irrelevante que os conviventes constituam ou não patrimônio na união. A união estável existe e produz seus efeitos legais. Sociedade de fato, outrossim, constitui figura do direito das obrigações. A sociedade de fato existe quando duas pessoas exercem uma atividade econômica como sócias, sem regular constituição e registro no órgão próprio. Assim, se duas pessoas constituem um patrimônio, com trabalho e esforço de ambas, há que se cogitar da figura da sociedade de fato, que tanto pode existir entre pessoas do mesmo sexo, quando entre pessoas de sexo diferente. Tanto pode existir entre pessoas ligadas efetivamente, como entre pessoas que não têm a menor vinculação afetiva. Num momento inicial, a ordem jurídica não reconhecia as uniões entre pessoas sem o casamento e, pois, acabou por tutelar efeitos patrimoniais dessas uniões, através da sociedade de fato. Posteriormente passou a reconhecimento a existência de uma entidade familiar.

Demonstrou-se aqui, que a partir da vigência e da regulamentação da Constituição Federal de 1988, que erigiu a união estável como entidade familiar, temos evidente que na sociedade de fato continua a poder existir os concubinos, porém, nunca entre os conviventes

⁷³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 265.

⁷⁴ Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

⁷⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 265.

⁷⁶ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Relacionamentos afetivos nos direitos civil e previdenciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 13.

da união estável.⁷⁷

2.3.4 Uniões Homoafetivas

A fim de iniciar o estudo das uniões homoafetivas, deve-se ter a noção de como a homossexualidade tem sido, até então, marcada por preconceito e estigmatizada pela sociedade. Dessa forma, aqueles que não têm um comportamento sexual de acordo com padrões de moralidade e “normalidade”, tendem a sofrer discriminação, relegando-se à marginalidade.⁷⁸

No entanto, a aceitação recente das uniões afetivas entre iguais no âmbito do Direito de Família, representa uma nova face do conceito democrático de cidadania, transpondo a barreira do anonimato, buscando a afirmação da diferença a partir da manifestação da liberdade de expressão e do livre desenvolvimento da personalidade. Aliás, ao derrogar as discriminações inscritas nas normas jurídicas, tem-se a universalidade da justiça.

Os países democráticos vêm, vagarosamente, reconhecendo em lei, direitos aos homossexuais. Esse fato se confirma, uma vez que a homossexualidade, não sendo considerada uma doença ou um crime por distúrbio de comportamento, viabilizou o caminho da aceitação. Sendo assim, relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo passaram a ser reconhecidas em muitos lugares.⁷⁹

Aliás, Maria Cláudia Crespo Brauner expõe que as uniões estáveis homossexuais, “também denominadas relações homoeróticas ou homoafetivas, tiveram a possibilidade de reconhecimento jurídico nos anos noventa, com maior expressão e visibilidade a partir dos movimentos mundiais defensores da causa homossexual”.⁸⁰

Dentre os países europeus que recentemente tiveram a inserção das uniões homoafetivas, inclusive editando lei especial, demonstrando um avanço aos direitos personalíssimos, destacam-se: Dinamarca, Lei nº 372, de 27 de junho de 1989; Noruega, Lei

⁷⁷ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Relacionamentos afetivos nos direitos civil e previdenciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 13.

⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 43.

⁷⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 268.

⁸⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 268.

nº 32, de abril de 1993; Suécia, Lei nº 1994.1117, de 23 de junho de 1994; Islândia, Lei nº 87/1996 de 1996; Bélgica, Lei de 23 de novembro de 1998; França, Lei nº 99-944, de 15 de novembro de 1999; e Holanda, Lei nº 26.672, de 21 de dezembro de 2000.⁸¹

Na visão de Maria Berenice Dias⁸², renomada em defender doutrinária e jurisprudencialmente o status jurídico-familiar das uniões homoafetivas diz que:

Na base de todo fato social existe um interesse merecedor de tutela. Dito interesse independe da orientação sexual de seus titulares, pois todos têm direito à vida e à proteção da saúde, da integridade física e da propriedade. Enquanto por injustificável omissão legiferante, não forem disciplinadas as novas estruturas familiares que florescerem independentemente da identidade sexual do par, ninguém, muito menos os operadores do Direito, pode fechar os olhos a esta realidade. A garantia da cidadania passa da expressão a sexualidade, e a liberdade de orientação sexual insere-se como uma afirmação dos direitos humanos.

Recentemente, no emblemático julgamento da ADPF nº 132 e da ADIn nº 4277, o Supremo Tribunal Federal conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988,⁸³ de sorte a harmonizar o referido dispositivo constitucional com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, reconhecendo a redação normativa segundo a qual “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]” constata-se não haver em si um óbice ao reconhecimento da união estável homoafetiva.⁸⁴

Mesmo com argumento ora convergentes, ora divergentes na fundamentação dos seus votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro outorgaram o “selo” de família às uniões homossexuais e entenderam que estas estão submetidas ao regime da união estável, de onde decorre uma vasta gama de direitos e deveres. A decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Com o julgamento – e como restou evidenciado em cada voto – a Suprema

⁸¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 256-273.

⁸² DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 15-16.

⁸³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁸⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: resposta aos críticos. primeiras impressões. Agradecimentos e a consagração da homoafetividade no direito das famílias. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

Corte espancou a intolerância e o preconceito, fazendo valer o verdadeiro Estado Democrático de Direito⁸⁵.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, em sua primeira impressão ao reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, declara que:

Ao reconhecer a união homoafetiva como união estável constitucionalmente protegida, o Supremo Tribunal Federal garantiu quase completamente a isonomia de direitos entre casais homoafetivos relativamente a casais heteroafetivos. Diz-se “quase” porque se sabe que o casamento civil garante um pouco mais de direitos que a união estável pela forma como ambos os regimes jurídicos estão regulamentados pelo Código Civil, em especial no que tange à sucessão hereditária (o cônjuge é herdeiro necessário, o companheiro não; o cônjuge tem maior quinhão hereditário que o companheiro etc.). Logo, a isonomia ainda não está completamente satisfeita com a situação, embora cumpra dizer que o STF não era obrigado a entrar no debate sobre o casamento civil homoafetivo por terem as ações feito pedidos unicamente no que tange ao reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos (questão formal, pela vinculação necessária do julgamento aos pedidos das ações).⁸⁶

Por fim, são as palavras de Enézio de Deus Silva Júnior, que evidenciam o fim da invisibilidade através da decisão do STF, assim, “frente à decisão do Supremo ora em comento, caem por terra os argumentos fundamentalista e preconceituosos de que as uniões homoafetivas não formam família no Brasil”. Em sua crítica, expõe que se alguns evangélicos ou católicos não aceitam o amor entre pessoas de mesmo sexo, sendo estes contrários a qualquer demanda homoafetiva, o Estado brasileiro não tem nada a ver com essa posição, pois é laico e, em sua decisão, somente deve admitir a prova científica⁸⁷.

2.3.5 Famílias Simultâneas ou Uniões Estáveis Paralelas

Ao tratar-se de uniões estáveis paralelas, uma das primeiras alegações contrárias ao seu reconhecimento, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência, seria uma violação à monogamia. No entanto, discutir monogamia e simultaneidade familiar pode repercutir até mesmo nas diversas teorias sobre a origem das famílias, nas palavras de Karin Wolf⁸⁸:

⁸⁵ CHAVES, Mariana. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, ano 13, n. 66, p. 14, jun./jul. 2011.

⁸⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: resposta aos críticos. primeiras impressões. Agradecimentos e a consagração da homoafetividade no direito das famílias. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁸⁷ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Amor e Família Homossexual: o fim da Invisibilidade Através da Decisão do STF. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, ano 13, n. 17-18, p. 14, jun/jul. 2011

⁸⁸ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro;

Existem não só várias teorias em relação à origem da família, como também são muitas as contradições apontadas ao longo da história da organização primitiva da família, pois, ao passo que a Teoria da Monogamia Originária prega a afeição conjugal para a vida toda, dela tendo nascido o amor filial, a Teoria da Promiscuidade Primitiva relata ter existido um estágio tão primitivo, no qual imperava o comércio sexual promíscuo, anterior à monogamia e, por fim, a Teoria das Uniões Transitórias afirma que o homem e a mulher permaneciam juntos apenas por algum tempo após o nascimento do filho.

De acordo com as novas estruturas familiares, bem como suas transformações, declara Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

O transcurso histórico da família no Brasil revela aspectos que permitem, entre continuidade e ruptura, estrutura e conjuntura, permanência e mudança, vislumbrar a emergência do fenômeno da simultaneidade familiar como dado socialmente relevante, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, se impõem perante o direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta a – a partir da problematização formulada em concreto – encetar possibilidade de respostas a essas demandas.⁸⁹

Sendo assim, ressalta-se que situações de simultaneidade familiar efetivamente ocorrem no plano dos fatos, e, em virtude dos atuais termos da lei, não são poucos os casos que chegam aos Tribunais. Evidentemente, a grande maioria dessas situações, são aquelas onde ocorrem duas uniões estáveis simultâneas entre si, ou uma união estável e um casamento.

Inclusive, conforme a doutrinadora Maria Berenice Dias, dos relacionamentos paralelos, tende a não ser reconhecida sequer sua existência. Este fato se confirma, uma vez que:

[...] O concubinato chamado de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má fé, e até de concubinação, é alvo de repúdio social. Nem por isso essas uniões deixam de existir, e em larga escala. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo”. “Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo fato de ele – e não ela – ter sido infiel.”⁹⁰

O autor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em sua análise chega à conclusão de que a evolução social e legislativa gerou âmbito para recepcionar a simultaneidade familiar,

MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 173.

⁸⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Família simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48.

ultrapassando a família patriarcal e nuclear. No entanto, para identificar tais situações na sociedade, não seria, segundo ele, metodologicamente honesta a pretensão de apreender por meio de definição ou exauriente rol de arranjos afetivos. De certa forma, essa argumentação deriva-se do pluralismo familiar constitucional: uma família surge do plano dos fatos não da vontade legislativa. Assim, o desafio é identificar as situações de simultaneidade sem, contudo, engessar e limitar suas possibilidades de ocorrência.⁹¹

Porém, na visão de Letícia Ferrarini, em sua obra dedica passagem justamente à análise destas ideias – igualmente no sentido de que o que merece proteção é uma família, e não uma simples aventura extraconjugal:

Cabe, desde logo, afastar as situações de simultaneidade de conjugalidades que se restrinjam a relacionamento sexual extraconjugal esporádico e clandestino. Essa forma de simultaneidade nada mais é que um adultério eventual, o que não se confunde com relações que, embora paralelas a um casamento formal, constituam coexistência familiares, não podendo, por isso, ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes⁹².

Pontua-se que a existência de uma união paralela a um casamento sempre representará uma relação adúltera uma vez que o cônjuge mantenha esta duplicidade de relações sem jamais desvincular-se, no plano fático, de seu matrimônio. Para a configuração de uma verdadeira união estável reconhecida como entidade familiar, é necessário que seja provado o rompimento da união conjugal.⁹³

Finalmente, Karin Wolf é unânime ao expor que somente pode ser reconhecida como entidade familiar e digna de proteção estatal, a união estável que reproduz característica do matrimônio, portanto:

[...] aquele relacionamento às claras, sem ocultação, sendo essencial no seu conteúdo a ocorrência fática de exclusividade, fidelidade, vida em comum e durabilidade, apresentando-se aos olhos da sociedade os conviventes como se efetivamente fossem casados e, sendo assim, esta relação não poderia ser mantida na clandestinidade, concomitantemente com um matrimônio, daí a razão pela qual o duplo relacionamento amoroso implica o concubinato adúltero, não amparado pelo Direito de Família.⁹⁴

⁹¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Família simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167.

⁹² FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-108.

⁹³ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 183.

⁹⁴ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 186.

2.3.6 Família Anaparental

Cabe considerar como nova entidade familiar a família anaparental, que, apesar de não ser reconhecida constitucionalmente, existe desde o momento em que há a morte dos cônjuges restando apenas seus descendentes. Segundo Maria Berenice Dias:

[...] é sabido que uma das formas de extinção do núcleo familiar se dá através da morte dos cônjuges, contudo, o que dizer, ou melhor, como definir o grupo formado pelos filhos desses ascendentes? Seriam eles não merecedores de tutela por parte do Estado ou seriam eles anômalos devendo ficar à parte da sociedade? Essa precária aceitação desse grupo familiar foi responsável pela pequena produção doutrinária que auxiliasse nesta pesquisa⁹⁵.

Etimologicamente, família anaparental quer dizer família sem os pais. “Ana” é prefixo de origem grega, indicativo de “falta”, “privação”. A família anaparental ou ampaparental é aquela em que estão ausentes os sujeitos pai e mãe, mas presentes o afeto familiar e consanguinidade.

Certamente, a relação afetiva advinda da verticalidade não é suficiente e única para se constituir uma família. Por exemplo, uma longa convivência de duas irmãs sob o mesmo teto, em que ambas empregam esforços para conseguir formar um patrimônio sólido, constitui uma entidade familiar. Mesmo não existindo conotação sexual nessa união, a convivência de ambas simboliza a conjunção de esforços para desenvolver um acervo patrimonial, cabendo, portanto, aplicar por analogia, como sugere a doutrinadora Maria Berenice Dias, as disposições do casamento ou até da união estável.⁹⁶

A família anaparental é um tipo de família cada vez mais frequente nos grandes centros urbanos, sendo derivada da convivência entre parentes dentro de uma estrutura com identidade de propósito. Além disso, novamente seguindo a orientação de Maria Berenice Dias:

[...] é um tipo de família formada essencialmente pela convivência entre parentes dentro de uma mesma estrutura organizacional e psicológica, possuindo objetivos comuns, que residem no mesmo lar, pela afetividade que os une ou por necessidades financeiras ou mesmo emocionais. A relação entre parentes dentro de uma estruturação com identidade de propósito, comina o reconhecimento da existência de

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

entidade familiar caracterizada como família anaparental.⁹⁷

Portanto, salientando que a afetividade põe humanidade em cada grupo familiar, a família, como célula da sociedade, é atualmente concebida não só como um grupamento de pessoas unidas por laços de consanguinidade, mas também pelo afeto, pelo amor e pela solidariedade mútua.

2.3.7 Família Eudemonista

A entidade familiar decorrente do casamento vem cedendo lugar a novas uniões conjugais, que tendem a ser motivadas por envolvimento afetivo e por cumplicidade de ambos. Assim, cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. Sendo a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas passa a organizar e motivar o seu prolongamento⁹⁸.

Atualmente, a união eudemonista, ou afetiva, demonstra que a doutrina admite ser a felicidade individual, ou coletiva, o fundamento da conduta humana moral, aproximando-a da afetividade. Reforça o conceito contemporâneo de família ao dizer respeito à entidade familiar que busca a realização plena de seus membros, constituindo-se pela comunhão de afeto recíproco, considerando, principalmente, o respeito mútuo entre os membros que a compõe, independentemente dos laços biológicos.

Finalmente, Maria Berenice Dias, vice-presidente do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), afirma que:

[...] vínculo entre os integrantes da entidade familiar passou a ser afetivo e não propriamente jurídico ou biológico como predominava. Em suma, no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas⁹⁹.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

3 ADOÇÃO

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO

O instituto da adoção é milenar, encontrado em todos os povos da antiguidade. Estuda-se que, em sua origem, seu sentido era essencialmente religioso, existia para que na família pudesse perpetuar o culto doméstico dos antepassados. Era, então, considerado como último recurso para que fosse evitada a desgraça que representava uma família não ter descendentes.¹⁰⁰

Buscando bases e fundamentos históricos, Albert Einstein Valente de Souza, deixa evidente que:

É possível verificar que os textos bíblicos mencionam casos de adoção, como as de Ester por Mardoqueu, e de Efraim e Manes por Jacó. Contudo, foi somente em Roma que a adoção se difundiu e ganhou contornos precisos. Outrossim, somente aos que não podiam ter filhos era admitida a possibilidade de adotar, com o único objetivo de manter a religião familiar, o que obviamente gerava a obrigação de iniciar o adotado nos segredos do culto.¹⁰¹

Observa-se que ao Direito Romano o conceito da adoção é, em vários aspectos, diferente ao conceito contemporâneo, é totalmente distanciado do aspecto afetivo. Vinculado a um conceito próprio de hierarquia de conotação religiosa, todos os descendentes restavam ligados ao *pater* até o seu falecimento. Além disso, a religião tinha influência preponderante e cada família realizava seu culto doméstico, sendo *pater*, o sacerdote, a quem cumpria prestar honras e seguir as tradições de seus antepassados. Esses eram reverenciados, e havia uma profunda preocupação com a perpetuação da família, uma vez que aos descendentes competia suceder o *pater*, inclusive quanto aos aspectos religiosos como culto por ele cumprido.¹⁰²

Diferentemente da nova visão do instituto da adoção, Artur Marques da Silva Filho ensina que na época clássica existiam duas modalidades de adoção:

¹⁰⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

¹⁰¹ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 69.

¹⁰² SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

adotatio e adoptio. Pela primeira, um cidadão romano adotava uma pessoa *sui iuris* e todos os seus dependentes. O ato se efetivava sob intervenção do poder público. Era, também, imprescindível o consentimento do adotante e do adotado. Pela segunda, adotava-se *alieni iuris*, por procedimento complexo: primeiro, extinguiu-se o poder familiar do pai natural e, em seguida, o adotante o assumia.¹⁰³

Conforme postula José Carlos Moreira Alves, em um posicionamento mais alinhado com o instituto da adoção, a ad-rogação era considerada uma forma de adoção solene, quando o adotado não tinha pai legítimo ou natural conhecido. “[...] Este tipo de adoção modificava a constituição política da cidade, daí a intervenção do povo e dos sacerdotes. O ad-rogado, publicamente, antes de ingressar na nova família, renunciava ao seu antigo culto”.¹⁰⁴

De acordo com a doutrina, constata-se que os imperadores cristãos proibiram aos pais a ad-rogação dos filhos nascidos oriundos de concubinato (*naturales liberi*). Além disso, no período Justiniano, à medida que a ad-rogação devia imitar a natureza e a *adrogatio* passava a ser encarada não como meio de aumentar o poder de uma família, mas de dar filhos a quem não os tivesse, eram exigidos os seguintes requisitos para que esta se realizasse (que, no entanto, podiam ser dispensados por motivos justos):

- a) o ad-rogante, que não pode ser castrado, nem ter filhos legítimos, deve ser 18 anos mais velho do que o ad-rogado e ter, no mínimo, 60 anos de idade (ou, então, achar-se gravemente enfermo);
- b) em regra, o ad-rogado não deve ser mais rico do que o ad-rogante;
- c) não pode ser ad-rogado quem já o foi por outra pessoa;
- d) não podem ser ad-rogadas várias pessoas, nem liberto de outrem (salvo se seu *patronus* consentir).¹⁰⁵

Cumprido anotar, ainda no período de Justiniano, duas formas de adoção: plena, realizada entre parentes, e *adoptio minus* plena, feita entre estranhos. Assim, seguindo os comentários de Arthur Marques da Silva Filho:

[...] nesta previa-se a sucessão legítima sobre os bens do adotado, mas não se alteravam as relações familiares: remanesceu o poder familiar originário; além, dessas inovações, prescreveu-se a diferença de idade de 18 anos, permitindo-se à mulher adotar *indulgentia principis*, para se consolar da perda de seus filhos

¹⁰³ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

¹⁰⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano II*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 267-268.

¹⁰⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano II*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 267-268.

(*adoptio minus plena*).¹⁰⁶

Cumpreressaltar que o Direito Romano admitia três formas de adoção, quais sejam: a) por testamento, submetendo-se à confirmação da cúria, constituindo ato complexo e solene, não sendo muito utilizado, embora conte com um exemplo famoso, qual seja a adoção de Otávio Augusto por Júlio César; b) adoção *ab rogatio*, “pela qual o adotado capaz (*sui iuris*) se desligava de sua família e se tornava um herdeiro de culto (*here sacrorum*) do adotante”, sendo este um ato bilateral de vontades, da parte do adotante e do adotado; e c) *datio in adoptionem*, mediante a qual um incapaz era entregue em adoção, por livre vontade do adotante e com concordância do representante do adotado.¹⁰⁷

Já na Idade Média, sob novas influências religiosas e com a preponderância do Direito Canônico, a adoção caiu em desuso.¹⁰⁸ Cabe ilustrar, os povos germânicos em seus primitivos costumes, não conheceram a adoção como forma de filiação:

Possuía diversas, como a de instituir continuador, conferindo ao adotado o nome e as armas, sem o vínculo parental. O adotado não era herdeiro do adotante, salvo disposição de última vontade ou por doação entre vivos. É de se notar que na França, no regime feudal, a afiliação caiu em desuso, tendo a adoção sido reintroduzida no Código Napoleônico¹⁰⁹.

Com o início da Idade Contemporânea, com o advento da Revolução Francesa, o instituto da adoção volta, sendo posteriormente incluído no Código de Napoleão de 1804. Assim, consoante, declara Albert Einstein Valente de Souza, “[...] nessa legislação, a adoção era de forma “tímida”. Com o advento da Lei Francesa de 1923, houve uma ampliação quanto à adoção, contudo deixando subsistir os laços de parentesco originários do adotado”.¹¹⁰

A adoção fora pouco praticada ao longo do século XIX. Contudo, a partir do início do século XX, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, a questão da adoção passou a ser preocupação dos legisladores, visando por objetivo o amparo dos órfãos de guerra.

¹⁰⁶ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

¹⁰⁷ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 69.

¹⁰⁸ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 69.

¹⁰⁹ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

¹¹⁰ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 69.

À adoção foi dada uma nova e diferenciada feição, a de cunho caritativo e de ampla aplicação social.¹¹¹

Na visão do excelentíssimo doutrinador em adoção, Arthur Marques da Silva Filho¹¹²:

A adoção se insere no movimento geral de proteção à infância, sobretudo abandonada, denotando preocupação social. O caráter da adoção se altera profundamente, pois passa a ser efetivada no interesse do adotado. Com tal sentido, universalizou-se, haja vista as convenções internacionais sobre a adoção. Mas não se pode negar, também, um certo sentido de atender as pessoas que procuram na paternidade, pela via adocional, uma maior e plena realização como ser humano, preenchendo o vazio de não terem filhos biológicos. É um meio de conquistar, através do direito, aquilo que lhes foi negado pela natureza.”

Para Pontes de Miranda, a adoção é “[...] ato solene pelo qual se cria entre o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”¹¹³. Já, na visão da Doutrinadora Maria Helena Diniz, a adoção é “[...] o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha”¹¹⁴. Também de forma sucinta, João Manuel Carvalho Santos a entende como “[...] uma ato jurídico que estabelece, entre duas pessoas, relações civis de paternidade e filiação”¹¹⁵

Por fim, compreendemos a adoção como um instituto no qual o jurídico, o humano e o divino se completam e interagem, garantindo a harmonia e bem-estar no meio social.

3.2 ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o instituto da adoção foi previsto pelas Ordenações Filipinas, caíra em desuso, sendo reativado pelo Direito Brasileiro com o advento do Código de 1916, com formato semelhante ao romano, tendo sofrido algumas modificações com o decurso do tempo.¹¹⁶

¹¹¹ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

¹¹² SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 33.

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 9, p. 177.

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 5.p. 280.

¹¹⁵ CARVALHO SANTOS, João Manuel. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. v. 6, p. 5.

¹¹⁶ FUKUDA, Erika Kishita. Considerações gerais sobre a Lei nº 12.010/09: adoção e outros mecanismos de efetivação dos

Considerando apenas à adoção, foi o Código Civil de 1916¹¹⁷ que disciplinou pela primeira vez o instituto no ordenamento brasileiro. Este diploma instaurou as diferenças entre os filhos naturais e os adotivos no que diz respeito aos direitos sucessórios, mantendo também a tradição do “filho de criação”, que veio a praticamente garantir que crianças órfãs ou abandonadas não ficassem sem desamparadas, embora fossem vítimas da posição de inferioridade imposta perante os filhos legítimos. Como limitação, o antigo Código Civil (1916) determinava que somente aqueles que não possuíam prole legítima ou legitimada poderiam adotar. Tal dispositivo, contudo, foi eliminado pela Lei n° 3.133/57.¹¹⁸

Para Arthur Marques da Silva Filho¹¹⁹, é no revogado Código Civil (Lei 3.071, de 01.01.1916) que a adoção recebe disciplina sistematizada, no entanto:

[...] houve resistência, como anotou o próprio Clóvis Bevilácqua, ao justificar o instituto da adoção no Projeto do Código Civil. Descreveu que o Dr. Gonçalves Chaves, membro da Comissão do Senado encarregada de estudar o Projeto do Código Civil em elaboração, opinou pela eliminação do instituto da adoção, que lhe parece antiquado e sem função no momento jurídico de então. Acentuou que a opinião do conceituado jurista mineiro não lhe pareceu apoiada em bons fundamentos, quer de ordem histórica ou social, quer de ordem puramente jurídica. Observou que, segundo mostraram Bluntschli e Sanches Roman, a adoção tinha ainda uma alta função social a desempenhar como instituição de beneficência destinada a satisfazer e desenvolver sentimentos afetivos do mais doce matiz, dando filhos a quem não teve a ventura de gerá-los, e desvelos paternais ou maternais a quem, privado deles pela natureza, estaria talvez, sem ela, condenado a descer, pela escada da miséria, ao abismo do vício e dos crimes.

E esta elevada função ético-social assinalada à adoção, descrita nas palavras do doutrinador Arthur Marques da Silva Filho, fora suficiente para que este instituto, ainda um tanto obsoleto, servisse de base para organizar e lançar as bases do Código Civil de 1916.

Por conseguinte, no Código Civil de 1916, a forma de se instituir a adoção era por escritura pública, sem termo ou condição, e sem a assistência do Poder Público, a qual seria averbada no livro de registro de nascimento, não implicando o cancelamento do assento de nascimento original.¹²⁰

direitos da criança e do adolescente. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n.6, p. 54-55, jul./dez. 2009. p. 54.

¹¹⁷ Código Civil de 1916 (Lei n° 3.017/16), art. 377, *in verbis*: “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.”

¹¹⁸ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica*: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 70.

¹¹⁹ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção*: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

¹²⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção*: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

A legislação pertinente à adoção foi sendo modificada com a promulgação de novas leis, dentre elas a própria Constituição Federal e o próprio ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, constituído através da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), até que, por fim, o capítulo da adoção no Código Civil de 1916 foi revogado na íntegra pelo Código Civil de 2002. Assim, de acordo com Érika Kishita Fukuda, “[...] o novo regulamento civilista, além de procurar se harmonizar com os demais diplomas legais pertinentes ao tema, procurou contemplar alterações de valores e anseios vividos pela sociedade brasileira e, em especial, pelas famílias.”¹²¹

Ocorre que, em virtude de toda essa evolução do ordenamento jurídico, muitas medidas de amparo ao menor vieram se mostrando ineficientes. Assim, novamente Érika Kishita Fukuda, em pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes de 2003¹²², apontou alguns dados preocupantes:

[...] dos 589 abrigos pesquisados, a predominância é pelos não governamentais (65%), com significativa influência religiosa (67,2%), mantidos com recursos de origem privada (58,5%), sublotados (64,2%) e utilizando o regime de permanência continuada (78,4%), onde crianças e adolescentes ficam no abrigo o tempo todo, fazendo da instituição seu local de moradia. São atendidas nesses abrigos cerca de 20 mil crianças e adolescentes, a maioria do sexo masculino (58,5%), afrodescendentes (63,6%), entre 7 e 15 anos de idade (61,3%) e mais de um terço encontra-se abrigados há um período que varia de 2 a 5 anos. A maioria absoluta delas tem família (86,7%) e o motivo mais citado para estarem em abrigos foi a pobreza (24,2%), seguido pelo abandono (18,9%), violência doméstica (11,7%), dependência química dos pais e responsáveis, incluindo alcoolismo (11,4%), vivência da rua (7%) e orfandade (5,2%).¹²³

Diante dessas e de outras constatações, fez-se necessário alterar dispositivos pertinentes para se impedir a permanência por tempo excessivo, e prejudicial, das crianças e adolescentes em instituições de abrigo:

Assim, surgiu o denominado “Projeto de Lei Nacional da Adoção” nº 1.756/03, que sofreu algumas alterações até culminar na Lei nº 12.010, sancionada pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, em 3 de agosto de 2009, trazendo uma nova sistemática de adoção ao alterar dispositivos da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – além de revogar dispositivos do Código Civil de 2002 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).¹²⁴

¹²¹ FUKUDA, Erika Kishita. Considerações gerais sobre a Lei nº 12.010/09: adoção e outros mecanismos de efetivação dos direitos da criança e do adolescente. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n.6, p. 54-55, jul./dez. 2009. p. 54.

¹²² Apud Ver IPEA/DISOC. Levantamento Nacional de Abrigos da Rede SAC. Relatório de Pesquisa número 1. Brasília, outubro de 2003 (não publicado).

¹²³ FUKUDA, Erika Kishita. Considerações gerais sobre a Lei nº 12.010/09: adoção e outros mecanismos de efetivação dos direitos da criança e do adolescente. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n.6, p. 54-55, jul./dez. 2009. p. 54.

¹²⁴ FUKUDA, Erika Kishita. Considerações gerais sobre a Lei nº 12.010/09: adoção e outros mecanismos de efetivação dos direitos da criança e do adolescente. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n.6, p. 54-55, jul./dez.

De forma concisa, podemos afirmar que entre os direitos previstos ao menor destaca-se o direito constitucional à convivência familiar, sendo o núcleo familiar entendido como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” e intrinsecamente ligada à relação conjugal entre homem e mulher. Porém, saindo do âmbito nacional, temos a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança de se desenvolver no seio da família, sendo isso fator fundamental para o crescimento e o bem-estar de todos os membros.¹²⁵

Evidentemente, não se deve confundir origem biológica com origem jurídica; contudo, o vínculo paterno-filial não pode sofrer distinção, por força do mandamento (art. 227, § 6º, CF)¹²⁶. Ademais, a qualificação de “parentesco fictício” ou de “imitação de parentesco de sangue” restringe a noção de família, ampliada pelos juristas, para o efeito de admitir, além do parentesco de sangue e derivado do casamento, outras formas de parentesco, como é o civil. No direito positivo nacional, a noção de família foi ampliada pela nossa Constituição (art. 226, § 3º, CF)¹²⁷.¹²⁸

Atualmente, a adoção no direito brasileiro é uma realidade decorrente da atuação humana. Nesse sentido, sintetiza Arthur Marques da Silva Filho:

[...] embora as causas sejam diferentes, não se conseguem dividir os laços que se formam entre filhos criados por aqueles que não os geraram e entre filhos criados pelos pais de sangue. O vínculo parental, embora o consanguíneo decorra da própria natureza biológica, necessita da intervenção legislativa para ingressar no direito.¹²⁹

Finalmente, a adoção é um vínculo de parentesco civil que institui entre adotante e adotado uma ligação civil, sendo este irrevogável e definitivo de paternidade e filiação, para todos os efeitos legais, desligando o adotado de qualquer relação com os pais biológicos,

2009. p. 55.

¹²⁵ FUKUDA, Erika Kishita. Considerações gerais sobre a Lei nº 12.010/09: adoção e outros mecanismos de efetivação dos direitos da criança e do adolescente. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n.6, p. 54-55, jul./dez. 2009. p. 54.

¹²⁶ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]
§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹²⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

¹²⁸ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45.

¹²⁹ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45.

exceto aqueles quanto a impedimentos matrimoniais (art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente)¹³⁰.

3.3 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO

3.3.1 Do Princípio da Prioridade Absoluta

O princípio constitucional da absoluta prioridade foi fixado no artigo 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança¹³¹. A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 227¹³², materializou o princípio da prioridade absoluta, o qual prevê o atendimento aos direitos das crianças e dos adolescentes de forma diferenciada e privilegiada¹³³.

Para a especialista em Direito de Família Simone Franzoni Bochnia¹³⁴, os termos absoluta e prioridade inseridos na Constituição Federal desempenham forte significado a princípio constitucional consagrado, obrigando a primazia do atendimento a todos. Dessa forma, constata-se que:

[...] não há desrespeito à igualdade de todos, muito pelo contrário, há sumo respeito pela diferença entre os sujeitos de direito, pois elas são a própria exigência da igualdade. A igualdade por sua vez, consiste em tratar, igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na proporção que se desiguam. No caso em tela, é notória a diferença de condições entre crianças e adolescentes e os demais sujeitos de direitos. É neste sentido que a Constituição Federal tratou de ‘compensar’ a desigualdade com busca na igualdade, não ferindo a condição especial – a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. A condição peculiar da criança e do adolescente refere-se à fragilidade natural desses sujeitos de direito, por estarem em crescimento. Faticamente aparece a vulnerabilidade¹³⁵ de

¹³⁰ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

¹³¹ “todas as ações relativas às crianças. Levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente (com prevalência), o interesse superior da criança”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1999, In LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional*. 2003 apud BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010.p. 78.

¹³² 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

¹³³ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010.p. 78.

¹³⁴ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 79.

¹³⁵ A propósito dessa vulnerabilidade de criança e do adolescente frente aos adultos e da importância da noção para o novo direito da criança e do adolescente, confira-se Luigi Ferrajoli: “*Resulta más claro ahora, habiendo desenrollado estas*

criança e adolescente em relação aos adultos como geradora fundante de um sistema especial de proteção.

Constata-se que a doutrina da proteção integral faz reconhecer que a criança e o adolescente, em decorrência de sua particular condição de pessoas em desenvolvimento, são sujeitos de direitos e não mera intervenção das relações jurídicas dos seres adultos, porquanto titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos¹³⁶.

Evidenciada a experiência negativa das mais diversas instituições e conseqüentemente seu fracasso levou nossa Constituição Federal de 1988 a preconizar a importância de que os filhos sejam criados por seus pais e elevou a convivência familiar a direito fundamental, positivado, de crianças e adolescentes, instituindo que a família seja a base da sociedade. Tal princípio está, também, em consonância com a convivência familiar pelo ECA estabelecida, de que toda criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família, e excepcionalmente em família substituta¹³⁷.

Com o novo advento constitucional, estabeleceu-se uma verdadeira “escala de prioridades” quando da permanência ou não da criança junto à família natural, limitando severamente o âmbito do juízo de valoração a ser realizado pelo Poder Judiciário quando da destituição do poder familiar e colocação em família substituta. Por conseguinte, a adoção visa, quase que exclusivamente, atender ao interesse de convivência familiar da criança e do adolescente, quando se tornou impossível a convivência familiar¹³⁸.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente materializou o princípio da prioridade absoluta constante da Constituição Federal quando definiu a garantia de prioridade absoluta em seu artigo 4º, parágrafo único¹³⁹.

*premisas, el verdadero valor transformador en la concepción del derecho de la infancia que [...] se materializa en las nuevas legislaciones latinoamericanas de los años noventa [...] La relación tradicional entre infancia y derecho resulta aquí doblemente reformulada. En primeiro lugar, se rechaza de plano la vieja idea según la cual la infancia pertenece – y es justo que pertenezca – a un mundo puramente ‘natural’ de espontáneas relaciones afectivas y tutelares, sean estas familiares o extrafamiliares. Por el contrario, el enfoque [...] reivindica con fuerza para el derecho de la infancia la lógica de los derechos y sus garantías. Como se sabe, los derechos y las garantías constituyen siempre las leyes de los más débiles, contra la ley del más fuerte que se desarrolla e impera toda vez que los derechos y garantías resultan ausentes o inefectivos. Y son, precisamente, los niños más que nadie los sujetos ‘débiles’ por antonomasia, destinados a sucumbir en esos estados de naturaleza en los que son abandonados a la lógica de la fuerza y del mercado” (Prefácio à obra **Infância, ley y democracia em América Latina**. Aires: Depalma, 1999). NERY JÚNIOR, Nelson; In MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado* 2002 apud BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 80.*

¹³⁶ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 80.

¹³⁷ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 81

¹³⁸ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 83.

¹³⁹ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Assim, na concepção crítica e realista de Paulo Lúcio Nogueira, o princípio da garantia prioritária consiste:

[...] na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, bem como na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, assim como preferência na formulação e na execução das políticas públicas e ainda destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude [...]¹⁴⁰

Relevante se faz, sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, proteger os interesses dos infantes, pelo assim denominado Princípio do Superior Interesse da Criança. A jurisprudência tem consagrado que o interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer outro interesse quando em discussão estiver seu destino¹⁴¹.

3.3.2 Do Princípio do Superior Interesse da Criança

Tem-se informação histórica de que o princípio do melhor interesse da criança foi constatado em 1836, na Inglaterra, embora dois outros casos, julgados ainda em 1763, tenham se identificado, portanto, precedentes. O instituto do *parens patriae*, não foi desde a origem concebido com vistas à primazia do interesse do infante, pois essa matéria era considerada de responsabilidade pertencente ao genitor. Para Tânia da Silva Pereira, tratam-se de precedentes conhecidos no Direito costumeiro em inglês como *Rex v. Delaval Blissets*¹⁴².

Em 1986, a Assembleia Geral das Nações Unidas relativa aos direitos das crianças adotou o interesse superior da criança. Em 1989, a Convenção das Nações Unidas estipulou o interesse superior da criança como consideração primordial:

Em sede internacional, a Convenção [...] em Strasbourg (França), [...] teve a adesão de dezesseis países em 2000. A Convenção de Strasbourg (assim passou a ser conhecida) unificou os princípios e as práticas europeias em matéria de adoção e, no

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹⁴⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*: Lei 8.069, de 13.07.1999. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 15.

¹⁴¹ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção*: categorias, paradigmas e práticas do direito de família. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 84.

¹⁴² PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar, 2001 *apud* BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção*: categorias, paradigmas e práticas do direito de família. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 84.

seu artigo 8º [...] assegurará o bem-estar da criança. [...] Em 03 de dezembro de 1986, a Assembleia das Nações Unidas adotou uma ‘Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos’, aplicáveis à proteção e ao bem-estar das crianças, especialmente em matéria de adoção e de substituição familiar, no plano nacional e internacional. No seu artigo 5º, a Declaração afirma [...] – O interesse superior da Criança [...] deve ser a consideração primordial – em matéria de adoção; A Convenção das Nações Unidas relativa aos direitos das crianças, assinada em 20 de novembro de 1989, e em vigor desde setembro de 1990, estipula no seu art. 21 que – o interesse superior da criança é a consideração primordial – em matéria de adoção. Em 29 de maio de 1993, a décima sétima sessão da Conferência de Haia, de Direito Internacional Privado, adotou a Convenção sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional que entrou em vigor em 1º de maio de 1995. Em 30 de julho de 2000, 29 países a tinham assinado, entre os quais o Brasil.¹⁴³

Expõe Eduardo de Oliveira Leite¹⁴⁴ que diversas variações terminológicas evidenciam o incontestável interesse do menor, sendo elas “reais vantagens para o adotando” (Portugal); “justos motivos” e “vantagens para o adotado” (Bélgica e Luxemburgo); “interesse do adotado” (Espanha, França, Grécia, Noruega e Suécia); “bem-estar” ou “bem da criança” (Alemanha, Inglaterra, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Suíça); “superior interesse da criança” (Espanha e Itália); “interesse manifesto da criança” (Países Baixos). Na América Latina, “vantagens para o adotado” (Chile e República Dominicana); “justos motivos que ofereçam vantagens para o adotado” (República Dominicana); “conveniente para o adotado” (Peru); “benefício do menor adotado” (Argentina. Lei 19.134, com as modificações das Leis 23.264 e 23.515 e Uruguai); “reais vantagens para o adotado” (Brasil. Estatuto da criança e do Adolescente).

Atualmente, percebe-se que tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto as legislações europeias e demais convenções internacionais sobre adoção de criança e adolescentes buscam o interesse do adotando como fundamento principal. Conquanto, este ensinamento do princípio do superior interesse da criança é importantíssimo, considerando que a adoção só se justifica partindo do interesse maior das crianças a serem adotadas.

Luiz Edson Fachin¹⁴⁵ evidencia que na questão do projeto parental transborda a liberdade de realizá-lo para, sob a ótica dos filhos, recair sobre eles o direito básico de ter família e crescer num ambiente acolhedor e digno. Mesmo existindo conflitos de interesse em processos de adoção, a resposta do juiz deverá privilegiar vantagens para o menor, de forma a garantir o seu desenvolvimento nos termos do artigo 43 do Estatuto da Criança e do

¹⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 4, p. 115-116. (Grandes temas da atualidade).

¹⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 4, p. 115-116. (Grandes temas da atualidade).

¹⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 42.

Adolescente¹⁴⁶. Este princípio, o superior interesse da criança, como direito fundamental constitucionalmente previsto, é parâmetro a ser respeitado necessariamente por todos – Estado, família e comunidade.

3.4 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NOS TERMOS DA LEI N° 12.010/2009

Em 1990, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual exige a afirmação de vantagens reais para a criança ou adolescente com o deferimento da adoção, bem como a comprovação dos motivos legítimos. Esse entendimento demonstra a função social da adoção, pretendendo a constituição de um lar para o adotado, além de possibilitar ao julgador decidir sobre a oportunidade e a conveniência para a concessão do pedido de adoção¹⁴⁷.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias revela que “buscando dar efetividade ao art. 227 da Constituição Federal – o qual consagrou a doutrina da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) passou a regular a adoção dos menores de 18 anos”¹⁴⁸. Nessa vertente, Rossato e Lépoire afirmam que “Em relação às pessoas em desenvolvimento, operou-se verdadeira revolução conceitual. Determinou-se que a adoção de crianças e adolescentes rompia todos os laços familiares anteriores”¹⁴⁹.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a existir apenas um regime jurídico para a adoção: o judicial¹⁵⁰. Como o Código Civil de 2002 trouxe um capítulo que disciplinava a adoção, passaram a existir dois diplomas legais regulando o instituto. Bordallo afirma que “Não havia nenhuma incompatibilidade entre o Código Civil e o ECA [...]”¹⁵¹.

¹⁴⁶ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

¹⁴⁷ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica*: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 70.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 471-472.

¹⁴⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

¹⁵⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. *O novo código civil: livro IV do direito de família*: (coord) Leite, Heloisa Maria Daltro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 244.

¹⁵¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. *O novo código civil: livro IV do direito de família*: (coord) Leite, Heloisa Maria Daltro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 245.

Rossato e Lépure sustentam que o ECA passou a ser aplicado somente naquilo em que não contrariasse as disposições do Código Civil¹⁵².

Assim, a Lei 12.010/2009 veio solucionar a superposição de normas, revogando todo o capítulo do Código Civil que trata da adoção, exceto os arts. 1618 e 1619, que incumbiu ao ECA a adoção de crianças e adolescentes determinando que se apliquem as regras gerais do Estatuto também à adoção de maiores de 18 anos¹⁵³.

Cabe salientar que a Lei Nacional de adoção nº 12.010/09 dispõe taxativamente sobre o aprimoramento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, trazendo em seu artigo 1º, § 1º a intervenção estatal, voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural¹⁵⁴.

Além disso, cabe demonstrar que as alterações no ECA feitas pela Lei nº 12.010/2009 empreenderam nova lógica ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária. Corroborar, Luciano Alves Rossato, ao demonstrar que “[...] o esforço dos autores do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser no sentido de preservar os vínculos familiares”¹⁵⁵.

É imperativo, portanto, para a adoção acontecer, que tenha sido esgotada a possibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à sua família biológica. Reforça-se essa premissa acrescentando-se que a excepcionalidade da adoção é corroborada pelo *caput* do art. 19 do Estatuto¹⁵⁶ e pela Lei nº 12.010/2009, que assegura o direito de a pessoa em desenvolvimento ter sua criação e educação no seio de sua família, sendo a colocação em família substituta, medida extrema.¹⁵⁷

São passíveis de adoção apenas as crianças e adolescentes que não tenham possibilidade de reintegração familiar ou que não possuam família natural¹⁵⁸. Boradallo ressalta que deve sempre ser tentada a manutenção ou reintegração familiar da criança ou do adolescente, sendo que “[...] estas tentativas não devem ser repetidas a ponto de fazer com que

¹⁵² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 472.

¹⁵⁴ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 234.

¹⁵⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46.

¹⁵⁶ ECA. Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

¹⁵⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. *O novo código civil: livro IV do direito de família*: (coord) Leite, Heloisa Maria Daltro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 257.

¹⁵⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. *O novo código civil: livro IV do direito de família*: (coord) Leite, Heloisa Maria Daltro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 258.

se perca a possibilidade de colocação em família substituta, principalmente na modalidade da adoção”¹⁵⁹.

Rossalto e Lópure explicitam a opção do legislador de transformar a adoção em última opção:

[...] a adoção é o último estágio a que se pode chegar na busca pela efetivação do direito à convivência familiar, isso porque, [sic] a lei privilegia a tentativa de manutenção da criança ou do adolescente na família natural. Isso não quer dizer que a adoção seja ruim, ou que ela não vá atingir os objetivos do Estatuto. O que há é simplesmente uma opção do Sistema de Garantia, sempre com o condão de propiciar a manutenção do regular desenvolvimento da criança ou do adolescente, haja vista o fato de o processo da adoção se tornar, muitas vezes, desgastante para o adotado. Outrossim, por ser irrevogável, a adoção perpetua seus efeitos definitivamente, impossibilitando a retomada do poder familiar pela família original¹⁶⁰.

No entanto, o acerto dessa opção legislativa, não é, entretanto, unânime na doutrina. De acordo com Maria Berenice Dias, a Lei 12.010/2009 acabou por impor entraves demasiados à adoção:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa. Assim, a chamada Lei da Adoção não consegue alcançar seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão [...]. Claro que ninguém questiona que o ideal é criança e adolescente crescerem junto a quem lhes trouxe ao mundo. Mas quando a convivência com a família se revela impossível ou desaconselhável, melhor atende aos interesses de que a família não deseja, ou não ter consigo, ser ela entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo [sic] como filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucional preservado com absoluta prioridade (CF art. 227). Para esse fim – e infelizmente – não se presta a nova legislação, que nada mais fez do que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família biológica¹⁶¹.

Em verdade, deve ter o menor o direito ao convívio familiar e o interesse legítimo dos pais biológicos de viverem junto aos seus filhos. Porém, como bem refere Maria Berenice Dias, há muitas situações em que é impossível essa reintegração ao grupo familiar. Nesses casos, a lei não pode ser um empecilho à adoção: deve garantir, energicamente, a agilidade do processo, especialmente quando estão em jogo garantias constitucionais como o direito da criança ou do adolescente à convivência familiar e à dignidade.

¹⁵⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. *O novo código civil: livro IV do direito de família*: (coord) Leite, Heloisa Maria Daltro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 257.

¹⁶⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 478.

A busca de abrigar as crianças abandonadas faz-se mais digna com a interação dos dados cadastrais; valoriza-se essa ação, uma vez que tais dados inexistiam e ainda inexistem em muitos lugares do Brasil. Contudo, como bem disse Maria Berenice Dias¹⁶², a lei buscou abreviar o tempo das crianças e dos adolescentes institucionalizados, mas com “poucos avanços e quase nulas as chances de se esvaziarem os abrigos” onde se encontram “depositados” seres humanos à espera de um lar, assim como demonstra o relato a seguir:

Estando na jurisdição da 2ª. Vara da Infância e da Juventude há 10 anos e sendo um dos responsáveis pela fiscalização das instituições de abrigo, confesso que nunca vi essas instituições operarem tão no limite como nos dias de hoje. Não temo afirmar que o sistema estourou em Porto Alegre – temos por volta de 1,4 mil crianças e adolescentes abrigadas na Capital. Não há mais vaga para ninguém. [...] o Conselho tutelar compareceu em juízo, apresentando quatro crianças, afirmando que estava com elas desde a manhã e que não conseguira abrigá-las nas instituições existentes em Porto Alegre, por falta de vagas. A mais velha, com nove anos, e a mais nova com três meses. Estavam imundas, com frio, famintas e apavoradas. Pais usuários de crack que as deixavam sozinhas. [...] Caso o Juizado da Infância determine que alguém entre no sistema, outra criança será desalojada. [...] Todavia, o frio, o crack e essa impunidade de que determinados grupos possam colocar cinco, seis ou até mais filhos no mundo, quando não têm condições sequer de cuidar de si próprios, tornará o sistema caótico. Conseguimos, [...] uma família acolhedora da ONG Amigos de Lucas, que recebeu dois dos menores. Os menores foram para a residência da presidente dessa ONG. São crianças com vínculos. Imaginem a dor de todos, incluindo a nossa, nessa separação¹⁶³.

A nova lei de adoção não alterou a expressão família natural, e acrescentou apenas o parágrafo único ao artigo 25¹⁶⁴ do ECA. Trouxe em seu bojo a definição do que vem a ser família ampliada, provando que é necessário que não haja apenas laços de sangue, mas também a afinidade e a afetividade. Esses elementos em conjunto devem ser considerados essenciais para que seja assegurado o princípio constitucional de direito à convivência familiar¹⁶⁵.

Na opinião de Simone Franzoni Bochnia, merece louvor, o legislador, quanto ao conteúdo do § 4º do artigo 28, que de forma explícita coloca a importância de os irmãos se manterem unidos:

[...] Medida esta nem sempre acatada pelos Magistrados, ressalvada a

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. *Lei de adoção não consegue alcançar seus objetivos*. Disponível em: <<http://www.cojur.com.br/2009-jul-22/pepender-lei-adocao-continuara-sonho?>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

¹⁶³ Artigo escrito pelo juiz da Infância e da Juventude de Porto Alegre. CEZAR, José Antonio Daltoé. *Crianças abrigadas*. Disponível em: <<http://www.amigosdelucas.org.br/blog/?m=200907>>.

¹⁶⁴ Art. 25.
Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” (NR)

¹⁶⁵ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 238.

comprovada existência de risco de abuso ou outra situação, que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais¹⁶⁶.

O preceito constante do artigo 28 do ECA¹⁶⁷ demonstrou avanço, quando trouxe a família substituta ao lado da família natural. No entanto, a colocação em família substituta deve ser em caráter de excepcionalidade, para assegurar o direito à convivência familiar e comunitária¹⁶⁸.

Outra grande conquista da nova Lei de Adoção foi permitir que o adotado venha a conhecer a sua origem biológica, corrigindo um erro cometido quando as varas de infância e juventude, ao longo do tempo, eram procuradas por pessoas adotadas buscando suas origens, sua história, e tinham esta busca impedida de sucesso pela argumentação, por parte das varas, de que estariam resguardando um suposto direito dos adotantes, alegando, para tanto, o sigilo processual. Assim, sabe-se que:

[...] devido a esta divergência, quanto a contar ou não sobre a adoção ser ou não direito do adotante, o legislador contemplou a consagração do direito à identificação genética, trazendo o artigo 48 do ECA¹⁶⁹ que o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito, após completar dezoito anos. Ainda, no parágrafo único, o acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de dezoito anos, a seu pedido, asseguradas orientações e assistência jurídica e psicológica. Assim, é direito personalíssimo da criança e do adolescente, não sendo mais passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte dos genitores. Está aqui um dos maiores méritos desta lei que merece louvor¹⁷⁰.

Infelizmente, muitas crianças e adolescentes encontram-se acolhidos em instituições, carentes de apoio pedagógico, financeiro e psicológico, necessitando de salutar convivência em seio familiar. Entretanto, a problemática é nem sempre ser possível estabelecer com precisão o que vem a ser esta convivência salutar. Sem dúvida, é algo abstrato, e não está expresso em lei. Cumpre recordar Luiz Edson Fachin referindo-se ao princípio como “um

¹⁶⁶ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010.p. 240.

¹⁶⁷ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

¹⁶⁸ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010.p. 239.

¹⁶⁹ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

¹⁷⁰ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 246.

critério significativo na decisão e na aplicação da lei.” Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais a instituição familiar em si mesma¹⁷¹.

Para finalizar, vale refletir as palavras desanimadoras da doutrinadora Maria Berenice Dias:

[...] recebida com olhares múltiplos, a Lei da Adoção vem repleta de boa intenção, na ânsia de proteção à criança e ao adolescente e afirmando mais veementemente a tentativa de controle das adoções. A lei tem oito artigos. Cresce avanço quanto à necessidade de interdisciplinaridade que envolve a questão. Entretanto, continua enraizada em rótulos, apegada a prazos que não amenizam o problema na essência e engessam ainda mais o sistema¹⁷².

¹⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 42. *apud*, BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010. p. 275.

¹⁷² DIAS, Maria Berenice. *Lei de adoção não consegue alcançar seus objetivos*. Disponível em: <http://www.cojur.com.br/2009-jul-22depender-lei-adocao-continuara-sonho?>. Acesso em: 10 dez. 2011.

4 ADOÇÃO HOMOAFETIVA

4.1 BREVE ESTUDO DO PRECONCEITO EM RELAÇÃO À HOMOAFETIVIDADE

Primeiramente é válido fazer uma análise do conceito de preconceito. Segundo Lúcia Weber¹⁷³,

Preconceito é um conceito formado antecipadamente e sem fundamento razoável; uma opinião formada sem reflexão, sem base; é uma ideia que não leva em conta os fatos, mas o que se (diz sobre ele). O preconceito se desenvolve a partir das influências que experiências passadas generalizadas têm sobre os indivíduos. A sociedade cria preconceitos sobre aqueles que são estigmatizados, exclui os diferentes como uma maneira de tentar garantir a sua própria normalidade... Na verdade, esse preconceito, consciente ou não, tem por base o medo que temos do diferente, daquele que não é igual a nós, do outro que não reflete a nossa imagem como gostaríamos.”

No âmbito psicológico, cada ser humano busca enxergar no outro a sua própria projeção, daí gera-se a empatia. O preconceito provém da não empatia, é uma reação originada ausência da identificação e compreensão para com o outro. É a habilidade da compreensão e aceitação da condição das diferenças dos aspectos de trazer a liberdade ao ser humano e, conseqüentemente, maior a possibilidade de transformar a si e ao mundo¹⁷⁴.

Aceitar a homossexualidade é reconhecer que isso não é doença, como por longo tempo foi considerada, não tem em si, não são características inerentes ao homossexual, a agressividade, a promiscuidade e a falta de princípios. Segundo o psicólogo Roberto Grana, citado por Marilene Silveira Guimarães, a homossexualidade é uma condição natural, não é uma escolha deliberada, é decorrência de uma pré-disposição psíquica, também estudada a partir da etiologia, sob a denominação *imprinting*. Conforme afirma, originada e desenvolvida a partir das relações entre os genitores e as crianças desde sua concepção até cerca dos 4 anos de idade. Nesse período é quando se constitui o cerne da identidade sexual na personalidade do indivíduo, sendo em maior ou menor intensidade sua tendência confirmada de acordo com o meio em que ela se desenvolver, o que no decorrer do seu desenvolvimento psíquico-físico definirá sua definitiva orientação sexual¹⁷⁵.

¹⁷³ WEBER, Lúcia Natalia Dobrianski. *Aspectos psicológicos da adoção*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.p. 21.

¹⁷⁴ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 162.

¹⁷⁵ Roberto Grana, citado por Marilene Silveira Guimarães apud SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no*

Porém, não existe um determinismo psíquico. Cada pessoa é um ser único e não se pode “rotular” uma pessoa por sua orientação sexual. Devido esse “pré-conceito” é que faz com que, encontre-se entraves para a adoção por casais homoafetivos. Parece que com relação a esse tema, há um retrocesso social, pois encontra-se uma barreira muito grande, como se o homossexual fosse um cidadão perverso e incapaz de educar e amar uma criança¹⁷⁶

O termo homoafetividade foi criado para tirar a ênfase e desvincular a ideia do sexo em si e valorizar o aspecto afetivo que pode existir nas relações homossexuais, assim como em qualquer relação harmônica entre seres humanos. Contudo, embora as famílias homoafetivas sejam formadas pelo afeto, são também acometidas pela experiência da discriminação e da segregação.

Cabe lembrar que o homossexualismo existe desde as civilizações antigas, mais declaradamente sabido, entre seres do sexo masculino – tem-se registros, por exemplo, na história romana, egípcia, grega e assíria. Conforme pesquisa, cita-se que entre os Gregos, tomou maior proporção, a homossexualidade era incentivada ao relacioná-la à carreira militar e à vida religiosa – havia o conceito de que o esperma transmitiria o heroísmo e a nobreza dos grandes guerreiros. Era atribuída à condição homossexual, aspectos como o intelectual, o ético-comportamental e a estética física – os atletas competiam nus, e era vedada a presença de mulheres, pois as mulheres eram consideradas como seres incapazes de apreciar o belo. De certo modo, fora considerada, a homossexualidade, condição mais nobre do que a heterossexualidade. Na antiguidade clássica a homossexualidade era aceita sem qualquer discriminação e até, como anteriormente citado, com reverência, desde que sem exageros, conforme as regras sociais e éticas da sociedade.¹⁷⁷

Contam as palavras de Ozéias J. Santos que o preconceito surgiu, ao longo da história, na Idade Média, com a religião:

[...] de fato, todas as relações sexuais deveriam dirigir-se apenas à procriação. A homossexualidade é considerada pela Igreja Católica como uma transgressão, uma verdadeira perversão. A Santa Inquisição tornou crime o homossexualismo, através do III Concílio de Latrão, de 1179. Até a data de 60, a homossexualidade era considerada como crime entre os ingleses, sendo assim encarada nos países islâmicos até a atualidade.¹⁷⁸

Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Syslook, 2011. p. 162.

¹⁷⁶ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 162.

¹⁷⁷ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 132.

¹⁷⁸ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 133

Seguindo na linha do tempo, pontua-se a partir da metade do século XVII, quando a homofobia se declara e se fortalece diante das mudanças sociais ocorridas relativas a questões do Estado e da Igreja. De forma cruel, durante a segunda guerra mundial os homossexuais foram perseguidos pelos nazistas e assassinados em massa, assim como, principalmente, os judeus. Posteriormente, os homossexuais passaram a ser vistos como acometidos por um mal, uma doença, e não mais como pessoas de má índole, ou mesmo radicalmente considerados criminosos. Havia a crença de que possuíam uma anomalia capaz de levá-los à depressão e ao suicídio, e propensos à prática de crimes. Os tipos de pontos de vista mudavam, mas o preconceito permanecia.¹⁷⁹

Contemporaneamente, vivemos em uma sociedade democrática pluralista cuja a satisfação da vontade geral não é provável nem viável, já que inúmeros são os centros de poder. O que é possível e desejável, é que o consenso traga a harmonia entre as diferenças¹⁸⁰. Conforme cita Bobbio:

A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isto que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio à heterogeneidade, ao conflito e à diferença¹⁸¹.

Conclui-se a importância de uma Constituição conjugada à concepção de uma sociedade pluralista com as de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária (art. 3º, inc. I Constituição Federal), pois se o pluralismo é uma concepção liberal, o solidarismo de fundo socialista aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário que supõe a superação dos conflitos e, assim, fundamenta a integração social, que evita os antagonismos irreduzíveis que destroem o princípio pluralista¹⁸².

Infelizmente, tais circunstâncias previstas na Constituição Brasileira não puseram fim à discriminação e à exclusão das minorias em nosso país. Homossexuais de ambos os gêneros, mesmo mobilizados e ativos na luta por seus direitos, ainda não conquistaram ser tratados unanimemente com dignidade, e uma representativa proporção deles ocultar sua

¹⁷⁹ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 133

¹⁸⁰ ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, 1996. “Vontade geral não é, de forma alguma, adição pura e simples de vontades particulares. Vontade geral não é simplesmente vontade de todos ou da maioria. [...] Enquanto cada um dos membros, sendo simultaneamente, em consequência do contrato, homem individual e homem social, pode ter duas espécies de vontade. [...] A liberdade – liberdade natural transformada, desnaturada – é, precisamente, a faculdade que possui cada um de fazer predominar, sobre a sua vontade particular, a sua vontade geral, que apaga o amor de si mesmo em proveito do amor do grupo” *apud* BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 36.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 36.

¹⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 144.

orientação sexual, para que sua carreira profissional, família e círculo de amigos sejam preservados¹⁸³.

Enfatiza-se que os homossexuais são, nas premissas de básicas de cidadania, igualmente observantes às leis e às instituições, produzem e pagam seus impostos, e têm o direito e merecimento de ser tratados de forma igualitária como todo e qualquer cidadão. Entretanto, não conseguem ver suas pretensões consagradas no ordenamento jurídico, e são derrotados quando têm que enfrentar os grupos dominantes “[...] pelas tensões entre igualdade e diferença, imbuídos pela exigência de reconhecimento de sua orientação sexual, e também, na busca de uma redistribuição de direitos que lhes garanta a igualdade”¹⁸⁴.

Observa José Afonso da Silva¹⁸⁵, que não parece ser suficiente a mera aceitação da diferença, dessa forma relata que:

[...] fixar uma determinada identidade como a normal é uma das formas privilegiadas de hierarquização das identidades e das diferenças. A normalização é um dos processos mais sutis pelos quais o poder se manifesta no campo da identidade e da diferença [...]. Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como parâmetro em relação ao qual as outras identidades são avaliadas e hierarquizadas [...]. A identidade normal é ‘natural’, desejável, única. A força da identidade normal é tal que ela é vista como uma identidade, mas simplesmente como a identidade. Paradoxalmente, são as outras identidades que são marcadas como tais [...]. É a sexualidade homossexual que é ‘sexualizada’, não a heterossexual. A força homogeneizadora da identidade normal é diretamente proporcional a sua invisibilidade.

Realça-se que o pluralismo, para ter um caráter efetivamente emancipatório, não pode se limitar a aceitar meramente como satisfatória a apenas tolerância às diferenças, mas efetivamente basear-se “no reconhecimento da diferença e da coexistência ou da construção de uma vida em comum além das diferenças de vários tipos, tornando viável a aplicação das leis em consonância com os princípios da igualdade e da não discriminação, de forma generalista, mas ao mesmo tempo, criando [...] uma proteção dirigida a um grupo tendencialmente excluído [...]” como, no caso abordado, os homossexuais¹⁸⁶.

Na visão de Luiz Edson Fachin, focalizando na Constituição a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, como direito fundamental, assevera que “[...] surge um prolongamento dos direitos da personalidade

¹⁸³ SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 84.

¹⁸⁴ SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 84.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 83-84.

¹⁸⁶ SANTOS, Boaventura Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: _____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-66, 33.

imprescindível para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária [...]” e que “[...] conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado”¹⁸⁷.

Desde os fins do século XIX, quando da concepção do conceito do homossexual como categoria médico-psicológica, até os dias de hoje, quando esta mesma categoria já assumiu uma dimensão claramente política, muito foi discutido, declarado, afirmado e contestado, considerado e reconsiderado, proibido, punido, conquistado e perdido no tocante à questão da homossexualidade, nos mais distintos fóruns. “Homossexuais, por sua vez, cotidianamente têm redefinido suas identidades e se encontram – em diversos níveis de engajamento – empenhados na conquista do reconhecimento de sua cidadania e de seus atributos humanos”¹⁸⁸.

O movimento da causa homossexual pode ser considerado como atores sociais um dos mais importantes destas três últimas décadas. No início dos anos 1980, observou-se, em vários países ocidentais desenvolvidos, movimentos que resultaram em uma mudança significativa no que se refere à luta em favor do tratamento igualitário, sem discriminação da homossexualidade. Dois fatores podem ser considerados os mais importantes: a saída da homossexualidade do código internacional das doenças e o fim da condenação da prática homossexual no código penal. O empenho político desse grupo causou efetiva influência “[...] na retirada do homossexualismo do DSM – III (Manual de Diagnóstico e Estatística das Doenças Mentais), desde o final do século XIX, com a criação do termo, e até então, considerado como doença ou transtorno de conduta sexual, as denominadas perversões sexuais”¹⁸⁹.

Finalmente, como consequência, nos anos 1990, política de visibilidade da homossexualidade cresce e se destaca, principalmente nos Estados Unidos, estabelecendo-se como marco o Dia do Orgulho GAY. Concomitantemente, em vários países ocidentais, surge a luta pela busca dos casais homossexuais pelo seu reconhecimento jurídico, que, “[...]embora assumindo diferentes formas de lei, de acordo com as características de cada cultura, coloca na ordem do dia uma rediscussão sobre casamento, família e filiação”. Esse movimento é desafiador, pois se faz pela transformação da invisibilidade para a visibilidade – significando, isso, o reconhecimento e aceitação dessa prática sexual-afetiva – para, então, vir a passar a

¹⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 95.

¹⁸⁸ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade*: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 26.

¹⁸⁹ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade*: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 27.

vitoriar o fim desse particularismo. Esse movimento assim estabelece, a um só tempo, a necessidade de se fazer esta política repensada, “[...] como também subverte a ideia de identidade”¹⁹⁰.

4.2 ASPECTOS PSICOSSOCIAIS À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Muitos são contra a adoção por casais homoafetivos por invocarem concepções e algumas considerações equivocadas. Assim, aqueles que negam aos homossexuais o direito de constituir família pelos laços de parentesco afirmam, de modo geral, que não se pode admitir que uma criança ou adolescente conviva com pessoa que leva uma vida desregrada, fora dos padrões normais da sociedade, o que pode levar a um desenvolvimento psicológico e social prejudicado¹⁹¹.

Dessa forma, de acordo com Débora Brandão, na relação homossexual, não há o propósito de formar família, uma vez que os companheiros não preenchem os requisitos da união estável, assim, seria inviável a adoção:

[...] o ambiente familiar adequado tem ligação direta com o modelo de família substituta idealizado pelo legislador; deve-se refletir que a homossexualidade do adotante pode não ser um bom referencial para a criança ou adolescente adotado, partindo-se do pressuposto de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor [...]. A necessidade da existência de um homem e de uma mulher é evidente. Portanto, os homossexuais não podem adotar conjuntamente porque, em primeiro lugar, a lei não permite convalidação de núpcias e, em segundo lugar, porque não formam entidade familiar. Somente emenda constitucional tem o condão de permitir tal intento¹⁹².

No entanto, observa-se que o entendimento da autora Débora Vanessa Caús Brandão encontra-se ultrapassado, uma vez que, no dia 5 de maio de 2001, por unanimidade dos ministros votantes, a união homossexual passou a ser considerada entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às vinculações heterossexuais estáveis (que o legislador denominou de união estável). Além disso, a autora, baseou-se apenas em bases

¹⁹⁰ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 27.

¹⁹¹ SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009. p. 86.

¹⁹² BRANDÃO, Débora Vanessa Caús, In Débora Carolinna Pereira. *Homoafetividade*. Conteúdo Jurídico, Brasil IA: 20 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32172>>. Acesso em: 12 dez. 2011..

puramente legais, sem invocar os aspectos psicossociais e afetivos que norteiam a adoção, sem falar no melhor interesse da criança.

Segundo Maria Berenice Dias, estudos já realizados nos Estados Unidos demonstram inexistirem riscos de seqüela na formação da personalidade do adotado por homossexuais, como apregoado pelo temor de que uma criança ou adolescente criado por homossexuais também pudesse se tornar um homossexual, ou pudesse ser socialmente ridicularizado por seus colegas de escola e pela sociedade em geral¹⁹³.

O surgimento das famílias homoparentais, como já afirmado, abriu uma discussão que tem suscitado polêmicas, sobretudo entre psicanalistas: uma suposta supressão da diferenciação sexual. Parte dos argumentos contra a homoparentalidade afirma que não havendo diferenciação sexual entre os pais os filhos cresceriam sem referências ou com referências distorcidas, o que conduz a problemas e disfunções de natureza sexual. Essa questão, entretanto, não pode ser tratada de forma determinista, tampouco alarmista. Acrescenta-se ainda, do ponto de vista psicanalítico sabe-se que toda a criança – consanguínea ou não – precisa ser adotada pelos pais como filhos e estes, como pais pela criança. Sendo assim, constata-se que é o desejo que circunda as estruturas intuitivas de determinada configuração familiar que colocará em partida os lugares e funções que cada membro desempenha e ocupa em relação a cada um dos membros¹⁹⁴.

Pesquisas revelam que a diferenciação que a criança faz não diz respeito ao sexo, necessariamente. Sendo na relação intersubjetiva com cada membro do par conjugal que se faz a distinção das funções simbólicas, distinção, esta, mais importante para definição dos vários personagens e seus respectivos lugares na estrutura familiar do que a existência de diferença sexual. Não se verifica o risco, na experiência prática, de a criança chamar de pai uma mulher, ou de mãe, um homem, pois um casal homossexual não anula a diferença entre os sexos, ela continua a existir na cultura e na sociedade, além do fato de a criança não ficar inserida apenas no universo familiar mais próximo; na interação com as outras pessoas ela terá a oportunidade de se relacionar com ambos os sexos, se o temor for o isolamento¹⁹⁵.

Para Ricardo de Souza Vieira, fica evidente que “[...]se a diferença anatômica fosse fundamental para a instauração das diferentes funções parentais, não seria possível considerar

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 95-96.

¹⁹⁴ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 158.

¹⁹⁵ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 159.

as duas funções instaladas em casos da família monoparental, em que só um dos parceiros convive com a criança”. Além disso, no que se refere à identidade sexual da criança, seria impossível haver um homossexual, caso a identidade sexual dos pais fosse tão determinante da dos filhos, como a imensa maioria dos homossexuais são frutos de pais heterossexuais¹⁹⁶.

Sendo constituídas por laços de amor e respeito nas ações compartilhadas do cotidiano, é possível que as crianças busquem afinidades e modelos em outras figuras como tios, avós, padrinhos e madrinhas, caso ainda não tenham existido em determinado momento de seu aprendizado. A busca natural de parcerias e modelos identificatórios tem sido uma característica que vários autores assinalam, revelando, inclusive, a grande sabedoria das crianças quando se trata de encontrarem medidas que lhes permitam crescer e amadurecer¹⁹⁷.

Ainda que haja a preocupação de alguns especialistas a respeito da homoparentalidade para a saúde dos filhos, ainda hoje não se tem evidência de problemas psíquicos suscitados diretamente por esse modelo de família. É sabido, porém, que filhos de casais homossexuais ainda são vistos com muita resistência e discriminação por parte da sociedade em geral. Esse ainda é uma das maiores dificuldades suportadas por essas crianças e por seus pais homossexuais, conforme pode ser verificado na recente pesquisa de doutorado em Psicologia Social de Toledo (2008), sobre a representação de família no discurso de membros de famílias homoparentais¹⁹⁸.

Dentre os requisitos e condições para a parentalidade homossexual – jurídicos, políticos, econômicos e socioculturais – caberá ressaltar, neste momento, o aspecto psíquico, econômico e sociocultural. Do ponto de vista psicanalítico, o que move um sujeito em ter e criar um filho é o desejo de criança. De onde surge tal desejo? Poderá ou não, desde cedo, um sujeito vir a sonhar em ser pai ou mãe. Assim, querer ter um filho ou constituir laços que se configurem em uma família, independentemente de sua escolha de objeto, é um desejo que pode fazer parte do inconsciente do sujeito. E a que responderia tal desejo? A um ideal de pai, muitas vezes; a uma fantasia de reparação; a uma comprovação narcísica de sua capacidade; ou até mesmo uma saída ao seu complexo edípico¹⁹⁹.

¹⁹⁶ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 159.

¹⁹⁷ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 161.

¹⁹⁸ TOLEDO, L. C. C. *A família no discurso de famílias homoparentais*. 2008. Tese (Doutorado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 apud VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 161

¹⁹⁹ PASSOS, Maria Consuelo. Funções materna e paterna nas famílias homoparentais. In: FERES-CARNEIRO, T. (Org.). *Família e casal: saúde, trabalho e modos de vinculação*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.p.18.

De acordo com Maria Consuelo Passos, professora doutora em psicologia clínica e uma das pioneiras em pesquisas sobre homoparentalidade e psicanálise, as funções parentais têm um caráter determinate e operante cuja “[...] finalidade precípua a criança ainda imatura, oferecendo-lhe uma contenção de seus impulsos e levá-la a expandir e desenvolver seus recursos psíquicos herdados”. Sem dúvida, essas funções têm sentidos e perspectivas diferentes, de acordo com o momento da vida da criança. Primeiramente, parece haver consenso em relação ao fato de que é a mãe quem assume, nos primeiros meses de vida, a maior responsabilidade sobre a inserção do bebê em um ambiente do qual ele vai retirar as condições necessárias para a sua sobrevivência física e para a sua inserção em um mundo simbólico. Ao pai caberia, nessa etapa, dar suporte à mãe para que ela apresente o mundo ao bebê e se ofereça como fonte de sua subsistência física e emocional²⁰⁰.

Finalmente, seja em um casal de homens ou casal de mulheres, as duas funções parentais podem ou não estar presentes e operantes, assim como em qualquer outro casal composto por um homem e uma mulher. Como exposto, a maternidade e a paternidade não dependem apenas do atos biológicos de conceber, gestar, parir, mas de ocupar as funções de criação e papéis simbólicos para uma criança, fazendo-a realmente estar no lugar de filha. Se não assim fosse, as adoções de crianças seriam impossíveis. Nos casos de família monoparental, onde apenas um dos membros do casal parental, em geral a mulher, está presente, ambas as funções estão presentes no mesmo sujeito, ou mesmo, a função paterna pode estar referenciada a um terceiro, para além da relação do sujeito infante com a mãe²⁰¹.

4.3 DA POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Hoje, a adoção legal por homossexuais é buscada, na maioria das vezes, individualmente. Existe o medo e a angústia da rejeição, caso o pedido seja feito pelo casal homossexual. Como exposto anteriormente, a adoção legal implica o estabelecimento de um vínculo de filiação irrevogável, unindo o adulto adotante e a criança adotada, com os direitos

²⁰⁰ PASSOS, Maria Consuelo. Funções materna e paterna nas famílias homoparentais. In: FERES-CARNEIRO, T. (Org.). *Família e casal: saúde, trabalho e modos de vinculação*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 22.

²⁰¹ VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. São Paulo: IP – USP, 2011. Dissertação de Mestrado da Universidade de São Paulo – Instituto de Psicologia, p. 193.

e deveres daí decorrentes. Quando a adoção é informal, não se estabelece vinculação legal entre os participantes, apenas vínculos afetivos, sem direito de filiação.

O artigo 42, § 2º do ECA²⁰² estabelece como requisito para a adoção conjunta que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. A união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos. Assim, qualquer impedimento legal que se vislumbre, já não cabe dentro do ordenamento jurídico brasileiro²⁰³.

Portanto, a adoção por casais do mesmo sexo pode ser facilmente efetivada dentro do atual contexto do ordenamento pátrio. Primeiramente, é importante lembrar que a idoneidade dos requerentes à adoção, assim como a sua capacidade para o exercício efetivo e afetivo da parentalidade, são os fatores que deverão ser levados em conta para materialização do melhor interesse da criança. Só um acompanhamento profissional nessas questões – apartando-se do fato de o casal ser homossexual ou não – poder-se-á evidenciar se o interesse daquela criança será atendido, o que poderá resultar da concessão ou não do exercício da parentalidade.

Indiscutivelmente, quando o casal homossexual opta pela adoção, os diferentes obstáculos jurídicos à constituição de uma família adotiva homoparental decorrem, de um lado, da impossibilidade os aspectos biológicos, sociais e jurídicos da filiação e, de outro, da norma da “diferença dos sexos”. A adoção legal é a situação na qual o poder judiciário é sempre chamado a se manifestar e, como tem por finalidade dar uma família a uma criança, a intenção é criar uma filiação mais próxima possível da biológica, mesmo que a adoção seja o exemplo típico de filiação instituída pelo direito e não pela natureza, como na homoparentalidade, embora a lei não traga impedimento à adoção por casais homossexuais.

A Associação Psiquiátrica Americana, que já incluiu em anos anteriores a homossexualidade como doença mental em seus anais, pronuncia-se a favor da adoção de crianças por casais GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes). Em comunicado declara: “A APA apoia iniciativas que permitam a casais de mesmo sexo adotar crianças ou à custódia de filhos e apoia todos os direitos legais, benefícios e responsabilidades associados ao fato e que sejam consequência de tais iniciativas”. A APA é uma das associações de classe mais poderosa dos

²⁰² Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
[...]

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

²⁰³ CHAVES, Mariana. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, ano 13, n. 66, p. 14, jun./jul. 2011.

Estados Unidos e representa cerca de 38 mil profissionais da área no país. O comunicado cita ainda os 30 anos de pesquisa que comprovam que filhos criados por pais gays ou lésbicas têm o mesmo desenvolvimento que os outros. A APA vem se adaptando aos tempos. Em 2000, a associação recomendou oficialmente que os estados americanos reconhecessem legalmente os casais do mesmo sexo. Outros grupos médicos que apoiam os direitos de adoção de filhos por casais homossexuais nos EUA são a Academia Americana de Pediatras e a Associação Americana de Médicos de família²⁰⁴.

Ao referir-se sobre “adoções especiais ou fora do padrão”, tais como as mães solteiras, pais solteiros, pais homoafetivos, mães homoafetivas, famílias inter-raciais, famílias reconstruídas, Lídia Weber afirma:

São famílias diferentes da família nuclear, com pai, mãe e filhos, a que estamos acostumados. [...] Profissionais da saúde mental rapidamente tiveram de adaptar-se a novas situações que alteraram significativamente a natureza e a composição das famílias atuais. O desafio nesta mudança de ambiente é lidar com essa diversidade e saber confrontar os mitos e estereótipos sobre o que é considerado ‘normal’ e o que realmente constitui uma ‘família’. Às vezes não é fácil fugir de dogmas cultivados por longos tempos, mas esse exercício é imprescindível. Afinal, a realidade vai muito além das nossas incompletas e falíveis teorias. As como tais [...]. é a sexualidade homossexual que é ‘sexualizada’, não a heterossexual. A força homogeneizadora da identidade normal é diretamente proporcional a sua invisibilidade²⁰⁵.

Sem sombra de dúvida, para a criança desenvolver-se numa família coberta de calor humano próximo e compreensão, por mais diversificada que seja, é infinitamente mais benéfico do que permanecer toda sua infância e adolescência no ambiente frio de uma instituição.

Já, Fernanda de Almeida Brito, advogando a tese da necessidade de mudanças legislativas com o escopo de levar a proteção jurídica a situações de fato que já não podem mais ser ignoradas, diz que “[...] a legislação máxima de família deve acompanhar a evolução dos usos e dos costumes, as mudanças da mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, refletindo a nova realidade social, e atender aos anseios de grupo sociofamiliares, ainda que minoritários.”²⁰⁶

Abordando o tema que mais nos interessa neste estudo, a autora disserta sobre a possibilidade de um casal homossexual adotar uma criança:

²⁰⁴ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 159.

²⁰⁵ WEBER, Lídia Natalia Dobrianski. *Aspectos psicológicos da adoção*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 174.

²⁰⁶ BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 56-57.

Não nos resta dúvida quanto a ser negativa a resposta. Em primeiro lugar porque a lei expressamente o veda; em segundo lugar porque um casal homossexual não é um bom referencial para o menor adotado. Esta visão não decorre de nenhuma impressão preconceituosa sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que os adotantes manteriam; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor. A afirmativa de que a homossexualidade é uma opção, livremente manifesta por qualquer um, não pode ser levada em consideração, já que o adotante, quer no papel de pai se for homem, quer no papel de mãe se for mulher, com certeza influenciará e condicionará o comportamento do adotado.²⁰⁷

No parágrafo seguinte a mesma autora acrescenta:

[...] no tocante à possibilidade jurídica de adoção de filho por uma única pessoa homossexual, entendemos não haver impedimento, quer seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, quer seja no Código Civil, visto que a capacidade de adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante²⁰⁸.

Se a sexualidade do adotante nada tem a ver com a capacidade para adoção, como poderia influenciar a sexualidade do adotando? A autora, tratando da possibilidade de um homossexual adotar uma criança individualmente, embora vivendo com um companheiro que também deseja a adoção, afirma que “[...] muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotante teria um referencial desvirtuado do papel de pai e de mãe”. Conforme ressalta Ana Paula Peres:²⁰⁹

[...] a criança se alimenta e se enriquece em função da qualidade do relacionamento dos seus pais. Nesse aspecto, adverte a sociedade para o perigo de se pressupor que a heterossexualidade dos pais representa por si só uma garantia mínima do bom desenvolvimento da criança e que, inversamente, a homossexualidade seja um indício de uma parentalidade perversa.

Com a devida vênia, não podemos concordar com tal assertiva. Ora, como é possível admitir que orientação sexual dos pais influencie necessariamente a dos filhos se, na absoluta maioria dos casos, os indivíduos homossexuais provêm, por óbvio, de famílias constituídas por casais heterossexuais? Ademais, chega a se revestir de hipocrisia o argumento de que a vedação de crianças por casais homossexuais não decorreria de preconceito, mas apenas seria melhor que uma criança não convivesse com pais homossexuais. Impossível negar que não haja preconceito no fato de que, nessa hipótese, de antemão, já se rotula a homossexualidade

²⁰⁷ BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 58.

²⁰⁸ BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 58.

²⁰⁹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137.

como algo por si só depreciativo e indesejável. Se a lei não faz distinção entre heterossexuais e homossexuais na adoção singular, se tanto se diz que inexistente preconceito quanto à orientação sexual do adotante, por que criar esse estigma de que uma criança vir a se tornar homossexual (se é que isso é biologicamente possível) é algo completamente indesejado?²¹⁰.

Importa ressaltar que existem pesquisas científicas apontando para o caráter biológico, congênito da orientação sexual dos indivíduos. A homossexualidade fora outrora encarada como doença, quando levava o nome de homossexualismo. A medicina, porém deixou de considerá-la como uma patologia quando, em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado. Descartou-se, ainda, a possibilidade de se tratar de uma escolha do indivíduo. Alguns estudos vêm dando nova direção às causas da homossexualidade, que podem ter, de fato, origem genética. Um renomado neurologista norte-americano alega ter encontrado uma diferença considerável de tamanho entre os hipotálamos – que, se acredita, controlam o comportamento sexual – dos heterossexuais e dos homossexuais²¹¹.

Importante ressaltar, ainda, uma situação fática não difícil de ser verificada nas adoções por homossexuais. Arthur Marques da Silva filho, demonstra como vêm sendo tratadas as adoções singulares:

O homossexual A, que vive com o B, adota, singularmente, uma criança. Esta passará a conviver com os dois companheiros, os três indiscutivelmente integrando uma entidade familiar de fato. A legislação adicional, por sua vez, tem por finalidade máxima a proteção integral da criança, sempre resguardando o seu melhor interesse. Contudo, a situação fática vivida por essa criança ao longo de seu desenvolvimento num seio familiar que contava com dois companheiros homossexuais será descartada pelo direito, pois o menor, apesar de viver como filhos dos dois homossexuais, só terá direito e deveres legais para com aquele que o adotou formalmente. Não nos parece que o direito, ao ignorar situações fáticas como essa, está realmente resguardando os melhores interesses da criança – muito pelo contrário, não a beneficia²¹².

Assim, ante todo o exposto, concordamos com Viviane Girardi quando diz que “[...] as uniões homossexuais podem ser consideradas como uma modalidade de família se nelas estiverem presentes a afetividade, a solidariedade, a publicidade e a mútua assistência entre seus membros”. Nosso entendimento não poderia ser outro que não aquele que defende a ideia de que, de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, todos os

²¹⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

²¹¹ SWIDEY, Neil. What makes people gay? *The Boston Globe*, 14 ago. 2005. Disponível em: <http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what_makes_people_gay/>. Acesso em: 20 dez. 2010 apud SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

²¹² SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

direitos garantidos pela lei aos casais heterossexuais devem ser estendidos também aos homossexuais, por assim determinarem os máximos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que não podem ser sobrepujados por regras – legais ou constitucionais – de hierarquia ou valoração inferior. Justamente por esse motivo é que consideramos haver amparo legal não apenas à possibilidade da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas também à adoção conjunta por tais pessoas.²¹³

É evidente que, como em qualquer caso de adoção, ao magistrado caberá, auxiliado por uma equipe interprofissional, apreciar a oportunidade e a admissibilidade da concessão da adoção em favor de qualquer pessoa ou casal. Apenas se a adoção for constituir real benefício ao adotando é que ela deve ser concedida, dado o princípio da proteção à criança e ao adolescente. Assim, fato é que, especialmente nos nossos tempos, o direito, e especialmente aqueles que o aplicam, transportando-o do mundo das ideias para a realidade do cotidiano, não se pode ficar inerte ante as ocorrências que necessitam de intervenção do legislador. A revista *Veja* veiculou uma notícia intitulada “Pai e filha passam bem”, sobre Thomas Beatie e sua filha, Susan Juliette.

Thomas, legalmente homem, é biologicamente do sexo feminino, mas realizou procedimento cirúrgico de retirada de seios e tratamento hormonal para se tornar um homem. Conservou, contudo o aparelho reprodutor feminino, e nele carregou, durante toda a gestação, um bebê fruto de inseminação artificial. É mais um dos inúmeros casos que, ainda que inexista amparo legal à situação fática, não podem permanecer à margem da proteção do direito²¹⁴.

Portanto, observa-se que o importante é averiguar a condição e disponibilidade do ser humano amar e doar-se reciprocamente. É necessário ver caso a caso. Nessa perspectiva, não é possível que se generalize: todos os homoafetivos são aptos ou todos os heteroafetivos são aptos. Aliás, cada pessoa é um ser único, que precisa ser avaliado, sem busca de perfeição, mas de acordo com a realidade de que tampouco os pais biológicos seriam perfeitos, pois a perfeição em sua integralidade é utópica. Contudo, o extremo rigor técnico de muitos profissionais acaba retirando, talvez, a única oportunidade de uma criança ser acolhida. Se o casal homoafetivo for avaliado e, verificadas sua idoneidade e capacidades em dar afeto a uma criança, podendo lhe proporcionar um lar saudável, repleto de aconchego, atenção e educação, porque não deferir-lhe a adoção? É tudo o que uma criança institucionalizada precisa e ansiosamente deseja. Antes de se aplicar rigor técnico excessivo na seleção de

²¹³ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais*. p. 159 apud SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²¹⁴ Revista *Veja*, n. 2071, 30 de julho de 2008, seção Gente apud SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 136.

candidatos à adoção, diante da situação em que vivem milhões de crianças brasileiras institucionalizadas aguardando a adoção, deve-se, antes de tudo refletir e humanamente objetivar os esforços para a proteção dessas vidas indefesas que têm o direito de crescer em um lar²¹⁵.

4.4 CONSIDERAÇÕES DOCTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

O momento social deve ser acompanhado pelo direito, a lei deve acompanhar a evolução da sociedade. Nessa concepção, casos concretos surgem para serem julgados e a solução não pode ser baseada em opiniões preconceituosas, em posturas individuais, sejam de aceitação ou de discordância. No caso de omissão na lei, o juiz deve pautar-se no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil²¹⁶, usando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito²¹⁷.

Indiscutivelmente, ainda quando o direito se encontra cercado de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é garantir direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de “normal”. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à justiça e a busca da tutela jurídica. Dessa forma, a jurisprudência sempre surge antes da lei. Por isso torna-se necessário dar uma conferida na jurisprudência brasileira a respeito da adoção por pessoas com orientação homoafetiva²¹⁸.

Pouca jurisprudência se tem em relação à adoção por homossexual, pois a maioria das pessoas com orientação homoafetiva adota a criança individualmente, pois teme que o seu pedido seja negado. Um exemplo disso é um caso em que foi negada a adoção a um dos candidatos, excluindo do pólo ativo um dos parceiros. Porém, este fato não deve ser mais uma “barreira” para a adoção de casais homossexuais, uma vez que já é permitida a União Estável homoafetiva por ser considerada entidade familiar.

²¹⁵ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 160.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 155.

²¹⁸ SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 155.

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORA QUE ABANDONOU O FILHO EM TENRA IDADE AOS CUIDADOS DE TERCEIRO QUE, AGORA, POSTULA SUA ADOÇÃO. VÍNCULO BIOLÓGICO QUE NÃO SUPERA O VÍNCULO AFETIVO QUE SE ESTABELECEU ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO, O QUAL ERIGIU VERDADEIRO NÚCLEO FAMILIAR.

EXCLUSÃO DO POLO ATIVO DA AÇÃO DO PARCEIRO HOMOAFETIVO DO ADOTANTE. CONFUSÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E PARCERIA CIVIL. EFEITOS.

1. Passados mais de cinco anos do abandono do infante pela genitora, deixando-o com padrinho que dele cuidou, atendendo suas necessidades de afeto, educação, saúde e alimentação, deve ser destituído o poder familiar da mãe biológica, entregando-o à adoção a quem com ele consolidou núcleo familiar fundado em vínculo de afeto e proteção.

2. Hipótese em que se exclui do pólo ativo da ação o parceiro com quem o adotante mantém Parceria Civil, em face da impossibilidade legal de duas pessoas que não sejam civilmente casadas, ou estejam em União Estável, adotarem. A tanto é importante não se confundir, conceitualmente e quanto aos efeitos diversos, a União Estável, que por definição constitucional e legal existe somente entre o homem e a mulher, com a Parceria Civil, instituto de inspiração no direito comparado e de natureza jurisprudencial, que envolve a relação estável entre duas pessoas do mesmo sexo.

3. É fato que a Constituição matiza valores em seu conteúdo que são recolhidos na vontade social pelo legislador constitucional, estabelecendo ele categorias jurídicas diferenciadas para determinados grupos de indivíduos, tais como: “o idoso”, “a criança”, “o homem”, “a mulher”. Aliás, quanto à mulher, enquanto mãe, e somente uma mulher pode ser mãe biológica, tem na Lei Fundamental alemã, - hoje consagrada como um dos mais importantes estatutos da cidadania e do humanismo no mundo, proteção especial contra a comunidade, isto é, o legislador constitucional alemão definiu como categoria jurídica específica e merecedora de especial proteção, o grupo de indivíduos, do sexo feminino, que sejam, no momento, “mãe”. Assim, não há discriminação por sexo, compreendida aqui a condição ou orientação sexual de um determinado indivíduo ou grupo, ou mesmo não viola o princípio da igualdade, a diversidade de estatutos jurídicos para cada grupo social, isto é, no caso concreto, para os heterossexuais e para os homossexuais. *APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE (SEGREDO DE JUSTIÇA)* (Apelação Cível nº. 70033357054, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgado em: 26/05/2010).²¹⁹

Com o advento da nova lei de adoção n.º 12.010/2009, infelizmente, o legislador perdeu preciosa oportunidade para, modernizando a legislação, regulamentar a adoção por casal homossexual. Sem dúvida, não deveria haver empecilho legal na adoção por parte de homossexual, uma vez que, a preferência sexual, como requisito ou pressuposto a tal iniciativa, violaria o princípio constitucional da igualdade.²²⁰

Importante ressaltar o papel fundamental que a jurisprudência brasileira desempenhou nessa seara, já que as adoções conjuntas a casais homossexuais já estavam acontecendo em alguns estados do Brasil. Feitas essas considerações, a outra conclusão bastante simples nos

²¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70033357054*. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 26 de maio de 2010.

²²⁰ BORDALO, Galdino Augusto Coelho, *Da Adoção*: IN: LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord), *Livro IV – Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.p. 258.

leva ao próprio ordenamento brasileiro atual: já não existem óbices legais de qualquer natureza para que um par homossexual pleiteie a adoção conjunta de um infante²²¹.

O art. 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como requisito para a adoção conjunta que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. A união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos. Portanto, qualquer impedimento legal que se vislumbre, já não cabe mais dentro do ordenamento brasileiro hodierno²²².

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. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)²²³

A advogada e presidente do instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF, Marilene Silveira Guimarães, resume bem a questão da jurisprudência sobre a homossexualidade:

A boa doutrina e a moderna jurisprudência, consoante os dispositivos constitucionais, procuram evitar qualquer forma de marginalização do ser humano, seja pela orientação sexual, pela raça, pelo gênero, pela idade, pela condição financeira. Todo um contingente de operadores do direito tem inoculado em si o germe da constante revisão do direito posto frente à evolução do fato social. Trata-se de reformadores sensíveis à realidade, despojados de preconceito e pães de sentimentos de justiça e respeito ao semelhante. No entanto, a sociedade não é composta apenas de reformadores. Boa parte dos operadores do direito também são conservadores e pretendem, equivocadamente, regulamentar sentimentos. Iludem-se narcisicamente, pensando que ao aprisionar o fato social estarão estabelecendo o rumo da história da humanidade²²⁴.

²²¹ CHAVES, Mariana. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, ano 13, n. 66, p. 14, jun./jul. 2011.

²²² CHAVES, Mariana. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, ano 13, n. 66, p. 14, jun./jul. 2011.

²²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70013801592*. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

²²⁴ Apud SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011. p. 157.

5 CONCLUSÃO

A proposta fundamental desse trabalho é apresentar uma possibilidade de desconstrução dos preconceitos que norteiam a homossexualidade e que impedem que casais homoafetivos desempenhem a função parental. O respeito aos princípios consubstanciados na dignidade da pessoa humana, na igualdade, na liberdade e na intimidade, servem como fundamentos para refletir-se sobre a possibilidade de reconhecimento do direito dos homossexuais ao exercício da parentalidade pela via de adoção, com o objetivo primordial da proteção integral à criança.

Porém, o tema da adoção, embora persistente a discriminação, tem despertado o interesse não só por parte de cientistas das mais diversas áreas do conhecimento, mas também da sociedade em geral. A questão, entretanto, tem ficado somente nos conceitos abstratos, esquecendo-se de que esses sujeitos de direito são pessoas em desenvolvimento, e, portanto, merecedoras de proteção integral e prioritária, conforme determina a Constituição Federal; contudo, prioritariamente, são pessoas para quem a passagem do tempo é cruel, pois a cada dia que se passar dentro de uma instituição será um dia a menos de possibilidade para se encontrar um lar adotivo.

Correntemente veem-se casais homoafetivos, em relações estáveis, pautadas pelo amor, respeito mútuo e afeto, portanto, com todas as configurações fundamentais de uma família, lutando pelos direitos de adotar filhos na busca de completar seus núcleos familiares e realizarem o sonho de uma vida em família, com seus descendentes. Aí se encontram seres humanos com o desejo de suprir as necessidades de amor, carinho, criação e sustento de crianças e adolescentes que, quem sabe há quanto tempo e a quanto custo esperam ansiosa e esperançosamente uma oportunidade de ter um lar e de serem amadas.

No intuito de se realizar este sonho alimentado pelo amor – a adoção por casais homoafetivos – questões como a tentativa da adoção por casais homoafetivos têm sido levadas ao Judiciário, porém em virtude da ausência de lei específica, torna-se um processo lento em que nem sempre a verdade afetiva desejável corresponderá à verdade jurídica.

Precisamos repensar o problema das crianças acolhidas, das crianças a virem a ser acolhidas e as que já são concebidas nesse triste contexto. Determinar um prazo de dois anos para que a criança deva sair do programa de acolhimento é perigoso, pois nem toda resposta se dá no prazo, há a questão da afetividade, da idade da criança ou adolescente, que poderá não vir a ter a sorte de ser adotado. Observemos a adoção sem preconceito e discriminação

como a melhor alternativa para os que esperam ser adotados, aqueles para quem o tempo é cruel e desumano.

Portanto, no sentido da conquista de mudanças comportamentais e na formação de opiniões favoráveis e desprovidas de preconceitos frente às novas famílias, principalmente em relação às de relações homoafetivas, e sua ampla e natural aceitação, apresenta-se um longo caminho a percorrer e muito a evoluir neste instituto tão antigo que merece novas perspectivas e mudanças, para que não mais tenhamos tantas injustiças ocorrendo frente à sociedade.

O preconceito existe, portanto propõe-se que o assunto seja amplamente discutido por fóruns compostos pelas mais diversificadas formas de pensamento, classes culturais e sociais, por meio de debates, entrevistas e matérias na imprensa, para que, fruto disso, se construa uma nova cultura e que se abram mentes e se formem opiniões e novos conceitos a partir do novo paradigma do afeto e do amor nas relações familiares. Que as novas configurações familiares sejam aceitas e vistas como naturais pertencentes e decorrentes de uma sociedade contemporânea em constante e paulatina evolução.

Sabe-se que a criação do Direito não se dá apenas com decisões de juízes e tribunais ou com a produção legislativa, mas com impulsos da construção doutrinária. De certa forma, enquanto os comentários das leis e a elaboração do conhecimento doutrinário evidenciarem mera reprodução de noções, definições e caracterizações que não mais atendem aos anseios vivenciados pela comunidade, o Direito permanecerá inerte.

Finalmente, o paradoxo da adoção homoafetiva, que deixou de ser recepcionada pela lei n.º 12.010/2009, consiste no fato de que, tão importante quanto a verdade legal e a justiça doutrinária é a felicidade de todos sem discriminação de família e filiação. Assim, meu propósito não foi, apenas, expor de forma crítica a adoção, em virtude da nova Lei, mas delinear um caminhar esperançoso, de que as leis neste país sejam aplicadas, tendo como prioridade, o bem estar de nossas crianças e nossos adolescentes.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano II*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BANNURA, Jamil Andraus Hanna. Uma análise da nova Lei de Adoção. *Jornal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XIII, n. 122, out. 2011.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1952.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família*. Curitiba: Afiliada, 2010.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. O novo código civil: livro IV do direito de família: (coord) LEITE, Heloisa Maria Daltro, Rio de Janeiro, 2002.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parceiras homossexuais, aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- BRASIL. *Lei nº 3.017, de 1 de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 256-273.
- BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. v. 6.

CEZAR, José Antonio Daltoé. *Crianças abrigadas*. Disponível em: <<http://www.amigosdelucas.org.br/blog/?m=200907>>.

CHAVES, Mariana. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, ano 13, n. 66, p. 14, jun./jul. 2011.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 390.

DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. *Consullex*, Brasília, DF, n.174, p. 34, 15 abr. 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Lei de adoção não consegue alcançar seus objetivos*. Disponível em: <<http://www.cojur.com.br/2009-jul-22/pepender-lei-adocao-continuara-sonho?>>.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 5.

ESTATUTO das famílias: projeto de lei nº 2285/2007. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 78.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência*. Disponível em:
<<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil-familia/artfamilia4.pdf>>.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Relacionamentos afetivos nos direitos civil e previdenciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

FERRARINI, Leticia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FUGIE, Erica Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 15, p. 133, out./dez. 2002.

FUKUDA, Erika Kishita. Considerações gerais sobre a Lei nº 12.010/09: adoção e outros mecanismos de efetivação dos direitos da criança e do adolescente. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n.6, p. 54-55, jul./dez. 2009.

GILISEN, John. *Introdução histórica do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 48.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 4, p. 115-116. (Grandes temas da atualidade).

LEITE, Heloísa Maria Daltro. *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 4.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivan de Amorim (Coord). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 100-104.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 9.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A decisão do STF, o princípio constitucional da igualdade e a vedação de discriminação. O afeto como paradigma norteador da legitimidade das decisões judiciais. A família contemporânea e sua nova formatação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2998, 16 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20006>>. Acesso em: 20 set. 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Lei 8.069, de 13.07.1999*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PASSOS, Maria Consuelo. Funções materna e paterna nas famílias homoparentais. In: FERES-CARNEIRO, T. (Org.). *Família e casal: saúde, trabalho e modos de vinculação*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70013801592*. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70033357054*. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 26 de maio de 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Família simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Jonábio Barbosa; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, DF, v. 10, n. 92, p. 01-30, out./2008/jan./2009. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-1-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2011-01-13.0443799902>. Acesso em: 18 fev. 2011.

SANTOS, Ozéias J. *Adoção: novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Syslook, 2011.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência,*

anulação. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais afetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famílias monoparentais*. Campinas: Millennium, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: resposta aos críticos. primeiras impressões. Agradecimentos e a consagração da homoafetividade no direito das famílias. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

VIEIRA, Ricardo de Souza. *Homoparentalidade: estudo psicanalítico sobre papéis e funções parentais em casais homossexuais com filhos*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianski. *Aspectos psicológicos da adoção*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no código civil*. Porto Alegre: Síntese, c2003.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 173-186.